

Especialización en **Derecho Económico**



Derecho Notarial de la Empresa

POSGRADOS
Y FORMACIÓN CONTINUA

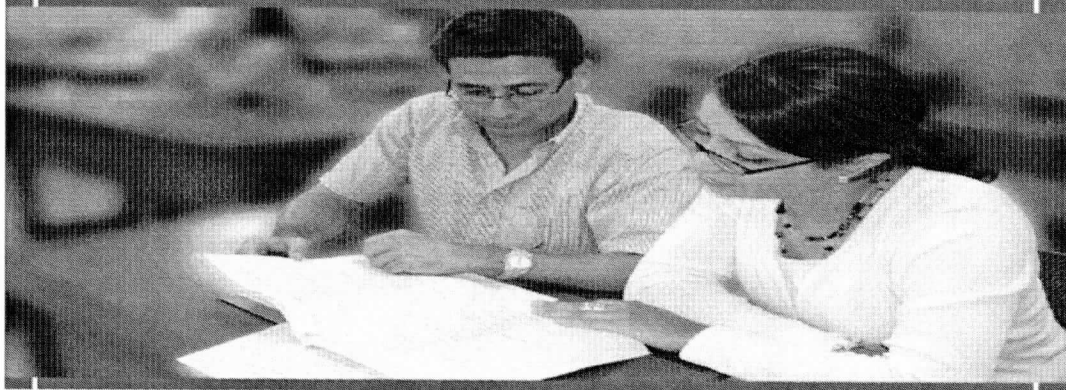
Profesores:
Dr. Leonardo Pérez Gallardo
Dr. Gerardo González Riega



UCA

• calidad • prestigio • tradición

Especialización en
Derecho Económico



UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

347-016
P-438
C-1

Asignatura : Derecho Notarial de la Empresa
Unidad temática : El Derecho notarial empresarial
Fundamentos y regulación notarial nicaragüense

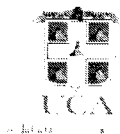
Ingreso	02-07-08
Comprado a	—
Donado por	Derecho
Precio	Rep. 200888490

Profesores:
Dr. Leonardo Pérez Gallardo
Dr. Gerardo González Riega



49218

6583



Coordinación General de Postgrados y Maestrías
Facultad de Ciencias Jurídicas

ESPECIALIZACION EN DERECHO ECONOMICO

Asignatura	: Derecho Notarial de la Empresa
Número de Orden	:06
Número de créditos	:3 Créditos
Horas presenciales	:36 horas
Horas prácticas	:24 horas de ejercicios prácticos
Duración en ciclos	:3 semana/ 3 horas diarias

PROGRAMA

I Unidad. El Derecho Notarial Empresarial

Prof. Leonardo Pérez Gallardo

- 1. Aspectos generales**
- 2. La función notarial en el Derecho societario**
- 3. La función notarial en la contratación bancaria**
- 4. La función notarial en la contratación bursátil**
- 5. La función notarial en otras actividades empresariales**
- 6. La función notarial en el Derecho tributario**
- 7. La ética en el Derecho notarial empresarial**

II Unidad. Fundamentos y regulación notarial nicaragüense

Prof. Gerardo González Riega

- 1. Nociones generales del derecho notarial**
- 2. Fundamentos del Derecho notarial**
- 3. Ley del notariado nicaragüense**
- 4. Ley de jurisdicción voluntaria y otras diligencias**



Coordinación General de Postgrados y Maestrías
Facultad de Ciencias Jurídicas

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ASIGNATURA : Derecho Notarial de la Empresa
Curso : El Derecho notarial empresarial
Cantidad de horas : 24

Prof. Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor Titular de Derecho Notarial
Universidad de La Habana

I. Presentación

Los operadores del Derecho en el ejercicio de su profesión requieren de un conjunto de herramientas técnicas conducentes a la excelencia del desempeño de aquella. En el ámbito empresarial tiene especial relevancia el conocimiento de la técnica y la eficacia de los documentos públicos notariales.

El notario, legionario de la verdad y la razón, es el principal valuarte de la paz y seguridad jurídica. Como dijera Joaquín Costa: "A Notaría abierta, juzgado cerrado". De ahí que el documento público esté dotado de una presunción de veracidad, exactitud, legitimidad, solo destruible por querella de falsedad o nulidad judicialmente declarada. Mas, ese valor que el propio juez le da al documento público cuando se aporta como medio de prueba en el proceso está muy vinculado con el prestigio que el profesional del notariado ha tenido a lo largo de la historia "Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas –en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor- tiene el notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho.

Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación"¹.

No es casual entonces que todos los ordenamientos jurídicos tomen cautela sobre los requerimientos que deben cumplir, tanto en el orden ético como estrictamente académico, quienes aspiran a ingresar al notariado. Incluso, se diseñan sistemas *numerus clausus*, a cuyo tenor sólo se alistarán al cuerpo

¹ José María de Porcioles, cit. pos Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la Determinación del Derecho*, II (parte sistemática), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

notarial, los que logren vencer exigentes exámenes de oposición. Sólo una vasta solvencia intelectual del notario, permitirá tener un documento público que no solo cumpla con los requerimientos formales, que sea perfecto en la órbita instrumental, sino también en el ámbito sustantivo, cumplimentándose los principios de calificación y legalidad del hecho, acto o circunstancia que se corporifica documentalmente.

Lo anterior presupone que el conocimiento del Derecho Notarial, amén de ser presupuesto para el ejercicio de la función notarial, para quien el Estado le hace depositario de la fe pública, es también una útil herramienta para cualquier jurista, en especial para los abogados de empresas y bancos que deben reconocer la eficacia del documento público notarial, la labor de asesoramiento e imparcialidad del notario, su cometido en la constitución de sociedades mercantiles, en la contratación financiera, bancaria, en el control tributario. No le han de ser ajenas a este profesional las categorías de fe pública, protocolo notarial, seguridad jurídica, control de fiscalidad. En fin, el notario es el principal baluarte de la legalidad en el ámbito de actuación extrajudicial en que se desenvuelve y el documento público que autoriza, es uno de los más importantes títulos de legitimación y medios de prueba que circulan en el tráfico jurídico.

II. Objetivo general del curso

- Ofrecer una formación básica para los abogados de empresas y bancos sobre la función notarial de tipo latino, con especial referencias en las áreas del Derecho privado mercantil y bancario.

III. Objetivos específicos

- Delimitar el alcance y contenido de la función del notario de tipo latino y su incidencia en el logro de la seguridad jurídica sustantiva y documental.
- Validar la aplicación de los principios del notariado latino en el ordenamiento jurídico notarial nicaragüense.
- Fundamentar la importancia de la fe pública notarial en el ámbito mercantil.
- Demostrar el alcance de la labor notarial en la contratación mercantil, bancaria y bursátil, con especial referencia a la interpretación de las cláusulas contractuales.
- Demostrar la eficacia del documento público notarial en el ámbito extrajudicial y judicial.
- Determinar los supuestos de ineficacia de los documentos públicos notariales.

IV. Contenido del curso y tiempo asignado por sesión

Tema I. Los Principios del Notariado Latino. Su posible reflejo en el Derecho Notarial nicaragüense

Contenido: 1.1. Principio de profesionalidad. 1.2. Principio de la forma. 1.3. Principio de la escritura. 1.4. Principio de asesoramiento. 1.5. Principio de



Coordinación General de Postgrados y Maestrías
Facultad de Ciencias Jurídicas

autoría y redacción. 1.6. Principio de legalidad, 1.7. Principio de imparcialidad. 1.8. Principio de matricidad o protocolo. 1.9. Principio de conservación protocolar. 1.10. Principio de inmediación. 1.11. Principio de unidad de acto. 1.12. Principio de fe pública notarial. 1.13. Principio de notoriedad. 1.14. Principio de interpretación. 1.15. Principio de legitimación. 1.16. Principio de calificación. 1.17. Principio de secreto profesional. 1.18. Principio de autorización. 1.19. Principio testimonial. 1.20. Principio de reproducción, representación instrumental y comunicación.

3 horas.

Tema II. La función notarial. Sistemas notariales.

Contenido: ¿Qué es el notariado latino y cuál es su función? Ciencia del Derecho Notarial al servicio de su técnica y ciencia del Derecho Notarial al servicio de su práctica. 2. La función social del notario de tipo latino. 3. Análisis de las funciones del notario de tipo latino en materia negocial, A) la función previa de responder, insertada en la de aconsejar, B) El cavere es la configuración del negocio jurídico por el notario en los casos normales. Las posibles intervenciones del notario cuando el negocio jurídico le llega ya configurado e incluso otorgado privadamente, antes de proceder a formalizarlo en escritura pública C) El cavere como actividad profesional del notario. 4. Formación jurídica que el notario precisa para el debido ejercicio de su función profesional. 5. Las aportaciones del notariado a la creación y progreso del Derecho. 5. La contribución de la función notarial a la creación del espacio jurídico de libertad, seguridad y justicia. 6. Sistemas notariales. Especial referencia al notariado en el common law y los países del sistema romano-francés.

3 horas

Tema III La fe pública notarial en el ámbito mercantil

Contenido: 1. El documento notarial en el ámbito mercantil. 1.1. Las sociedades anónimas. 1.1.1. Contrato y persona jurídica. 1.1.2. Requisitos formales del proceso fundacional. 1.1.3. La representación societaria. Órganos de dirección de la sociedad. 1.1.4. El objeto social. 1.1.5. Extralimitación de los administradores. 1.1.6. Cese de los administradores o Consejo de administración. 1.1.7. Representación voluntaria. 1.1.8.

Representación orgánica y Registro Mercantil. 1.1.9. La comparecencia del órgano societario en documento notarial. 1.1.10. La labor de asesoramiento notarial. 1.1.10.1. La legitimación notarial. 1.1.10.2. La autenticación notarial. 1.1.11. Los acuerdos sociales y la modificación estatutaria. 1.1.12. Fusión y escisión de la sociedad anónima. 1.1.13. Algunas particularidades de la legislación cubana en materia de sociedades. 1.2. El fenómeno de la limitación de la responsabilidad frente a terceros. 1.2.1. Las sociedades de responsabilidad limitada. 1.2.1.1. Modificación estatutaria. 1.2.1.2. Órganos de dirección. 1.2.2. Sociedades Unipersonales. 1.3. El notario en el Derecho Cambiario. El protesto

notarial 1.3.1. Clases de protesto. 1.3.2. Requisitos esenciales del protesto notarial. Diligencias posteriores. 2. La actuación notarial en la configuración de otras entidades colectivas que actúan en el tráfico: Fundaciones. Asociaciones de interés económico.

6 horas

Tema IV: El notario frente a las exigencias del Estado, principalmente las del entorno fiscal

Contenido: 1. La carga pública. Concepto. Caracteres. 2. La carga pública y la actividad notarial. 2.1 El notario como intérprete de las normas tributarias. A) Prohibición de admitir documentos no liquidados. B) Calificación jurídico-sustantiva. C) Advertencias legales. D) Función asesora jurídico-tributaria del notario. E) Gestión del documento. 2.2. El notario como liquidador de impuestos. 2.3. El notario como agente de retención. 2.4. El notario como responsable del tributo retenido. 2.5. La responsabilidad fiscal del contribuyente y la del notario. 2.6. El notario como agente de información del Fisco. 2.7. El notario como controlador del cumplimiento de obligaciones fiscales y administrativas ajenas al acto jurídico que autoriza. 3. Los límites de la carga pública en la actividad notarial. 3.1. Criterios para su determinación. Fundamentos. 3.2 Supuestos de actividades comprendidas dentro de los límites lícitos y razonables de la carga pública, impuesta al notario en materia fiscal y administrativa. 3.3. Supuestos de actividades que exceden los límites lícitos de la carga pública, impuesto al notario en materia fiscal y administrativa

3 horas

Tema V: La función del notario en sede contractual

Contenido: 1. La intervención del notario en sede contractual. Forma solemne y forma probatoria. 2. Contratos bancarios. 3. Contratos bursátiles. 4. Control de condiciones generales de contratación. 5. Redacción de documentos públicos notariales. 6. Estructura del instrumento público: especial detenimiento en la comparecencia, parte expositiva y parte dispositiva. 7. Lectura pausa y razonada. 8. Protección a los consumidores.

3 horas

Tema VI: Deontología Notarial

Contenido: 1. Introducción. 2. Relaciones entre Derecho y Moral. 3. Ética jurídica y Deontología jurídica. 4. La importancia de la deontología para la supervivencia de la profesión notarial. A) En los momentos previos a la autorización B) En los momentos simultáneos a la autorización C) En los momentos posteriores a la autorización. Los efectos de la intervención notarial. 5. Aspectos deontológicos del deber de colaboración del notario con la Administración Pública y su relación con el secreto profesional. A) El deber de colaboración con la Administración y el secreto profesional del notario. B) La intervención del notario en relación con el lavado de dinero. 1º) La diligencia debida. 2º) El secreto profesional en relación con el sistema de presunciones. 6. Cuestiones deontológicas relacionadas con el sistema de Aranceles. 7. Las relaciones del notario con el abogado.

3 horas

Tema VII: La eficacia e ineficacia del documento público notarial

Contenido: 1 Eficacia de los documentos públicos notariales. 1.1. Valor probatorio. Prueba preconstituida. 1.2. Forma del negocio jurídico. Formas de ser y formas de valer. Formas ad solemnitatem, ad probationem y ad utilitatem. 3. Título de legitimación. 4. Eficacia ejecutiva. 5. Eficacia traditoria. 6. Aproximación al concepto de nulidad formal. Necesaria distinción entre la nulidad sustantiva y la nulidad formal. La demanda al notario autorizante en supuestos de nulidad formal como un requerimiento indispensable para que quede válidamente constituida la relación jurídica procesal. 2. La nulidad formal o documental y su incidencia en la eficacia del negocio o acto jurídico instrumentado. 3. La nulidad documental en especie en la Ley del Notariado y sus normas complementarias. 3.1. El incumplimiento de solemnidades previstas en la Ley del Notariado y en el Código Civil. El alcance del artículo 1 de la Ley de 28 de mayo de 1913 en sede de nulidad instrumental. Supuestos comprendidos. 3.1.1. Inexpresión de la concurrencia por sí del compareciente. 3.1.2. No inserción en la matriz, de la copia de la escritura de poder, o de otros documentos habilitantes. 3.1.3. Omisión de las advertencias legales. 3.1.4. Incumplimiento del orden prescrito ex lege respecto de los elementos integrantes



Coordinación General de Postgrados y Maestrías
Facultad de Ciencias Jurídicas

de las partes estructurales del instrumento público. 3.1.5. Falta de utilización del papel sellado notarial. 3.1.6. No cumplimentación del orden en que los sujetos intervinientes en el documento público han de estampar sus firmas. 3.2. Nulidad de documento público por incumplimiento de la regla de ordenación cronológica del protocolo. 3.3. Nulidad por incumplimiento de las solemnidades externas. 3.4. Nulidad en razón de que las partes del negocio instrumentado tengan vínculo parental (dentro de los grados determinados por la ley) o conyugal con el notario autorizante. Supuestos de excepción. 4. La nulidad documental desde una óptica de lege ferenda.

3 horas

V. Estrategia metodológica

El curso se integra por siete temas. Cada uno será impartido a través de conferencias, pero se prevé que en cada actividad docente el profesor oriente al alumno sobre temas afines a los ilustrados en clases, para que, tras la búsqueda de bibliografía complementaria, el pueda ofrecer su propio razonamiento sobre casos problemáticos presentados en su propio desempeño profesional.

VI. Evaluación

Examen Final

VII. Bibliografía

Marco legal

Código civil

Ley del Notariado de la República de Nicaragua.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua y su Reglamento.

Bibliografía

AVILA ALVAREZ, Pedro, Derecho Notarial, 7ª edición (Compendiada y puesta al día), Bosch, Barcelona, 1990.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, "El rol del notario frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal", en Ponencias del notariado español al XXII Congreso Internacional del Notariado, Buenos Aires, 1998, Consejo General del Notariado, Madrid, 1998.

CASTAN TOBEÑAS, José, Función Notarial y elaboración del Derecho, s.ed., Reus, Madrid, 1946.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, Código Notarial, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

DELGADO DE MIGUEL, Deontología Notarial. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1992.



Coordinación General de Postgrados y Maestrías
Facultad de Ciencias Jurídicas

- GARRIDO CHAMORRO, Pedro, La función notarial, sus costes y beneficios, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique, Derecho Notarial, Ediciones Navarra, S.A., Navarra, 1976.
- JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, Derecho Notarial, Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1994.
- LORA-TAMAYO Y RODRÍGUEZ, Isidoro, "Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros", Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, III Congreso Nacional del Notariado español, Gran Canaria 1986.
- MUÑOZ, Nery Roberto, El instrumento público y el documento notarial, 3era edición, s. Ed., Ciudad Guatemala, 1993.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, Los esquemas conceptuales del instrumento público, s. ed., s. Ed., Madrid, 1951; Hechos y derechos en el documento público, s. ed., s. Ed., Madrid, 1950.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Derecho Notarial, 7ª edición, Porrúa, México, 1995.
- RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, Escritos Jurídicos, volúmenes III y IV y VI (dedicados al instrumento público y al Derecho Mercantil, respectivamente), 1ª edición, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- ROMÁN G., Ramón, Lecciones de Derecho Notarial II, Ediciones La Universal, Managua, 2002; Iniciación Notarial, Editorial Jurídica Managua, Nicaragua, 2002.
- SALAS, Oscar A., Derecho Notarial en Centroamérica y Panamá s. ed., Editorial Costa Rica, San José, 1973.
- SANAHUJA Y SOLER, José María, Tratado de Derecho Notarial, tomos I y II, s.ed, Bosch, 1945.
- TAMAYO CLARES, Manuel, Temas de Derecho Notarial, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.
- Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Derecho Notarial II, Bibliografías Técnicas, Managua, s.f.
- URRUTIA DE BASORA, Cándida Rosa y Luis Mariano NEGRON PORTILLO, Curso de Derecho Notarial puertorriqueño, tomos I y II, Impresos Araya, Puerto Rico, 1997.
- VERDEJO REYES, Pedro C., Derecho Notarial, s. ed., 1ª reimpresión, Pueblo y Educación, La Habana, 1990.

INDICE

El Derecho Notarial Empresarial
Prof. Dr. Leonardo Pérez Gallardo

1. Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie..... 17
 1. Aproximación al estudio de las actas notariales. 2. El asesoramiento notarial en las actas. 3. La imparcialidad en las actas. 4. Control de la legalidad. 5. El respeto a la intimidad y a las personas. 6. Técnica para la redacción de actas. Composición documental. 7. La rogación en las actas. Características y documentación. 8. La comprobación en las actas. 9. Clasificación de las actas notariales. 9.1. Actas de mera percepción. 9.1.1. Actas de mera percepción de cosas. 9.1.2. Actas de mera percepción de documentos. 9.1.3. Actas de mera percepción de personas. 9.1.4. Actas de mera percepción de actos humanos. 9.2. Actas de manifestaciones. 9.2.1. Actas de manifestaciones de terceros. 9.2.2. Actas de manifestaciones de parte. 9.3. Las actas de control y percepción. 9.4. Actas de hechos propios del notario. 9.4.1. Actas de notificación y requerimiento. 9.4.2. Actas de ofrecimiento de pago. 9.4.3. Actas de remisión por correo. 9.4.4. Actas de protocolización. 9.4.5. Actas de depósito. 9.4.6. Actas de calificaciones jurídicas. 9.5. Valor probatorio judicial y extrajudicial de las actas notariales. 10. Las actas notariales en la Ley de las Notarías Estatales y su Reglamento. Algunas consideraciones de los Dictámenes de la Dirección de Registros y Notarías al respecto. 10.1. Actas de subsanación de error u omisión. 10.1.1. Función asesora e imparcialidad del notario en sede de actas de subsanación de error u omisión. 10.1.2. Estructura documental de las actas de subsanación de error u omisión. Tipo y características. 10.1.3. Principio de instrumento forma y prueba preconstituida en las actas de subsanación de error u omisión y extremos que prueban 10.1.4. Problemas en la redacción y autorización del acta de subsanación de error u omisión. Bibliografía.
2. Jurisdicción voluntaria y función notarial 59
 1. Naturaleza y contenido de la función jurisdiccional. 1.1. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. 1.2. Distinción y efectos. 1.3. La administración de justicia en la jurisdicción voluntaria. 2. Naturaleza y contenido de la función notarial. 2.1. El Notario dentro del orden jurídico. 2.2. La prueba de documento público como fijación de hechos que interesan al derecho: las actas. 3. Reflexiones sobre la competencia notarial en materia de jurisdicción voluntaria. 3.1. Cuestiones que se suscitan a favor o en contra. 3.2. Experiencia internacional sobre estos temas: El Derecho notarial latino en Europa. El Derecho notarial latino en América. La experiencia cubana. 4. Actos de jurisdicción voluntaria en especie. 4.1.

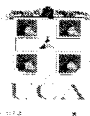
Perpetua memoria. 4.2. Consignación de bienes. 4.3. Administración de bienes del ausente.

3. La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)..... 88

1. Parte formal y parte material. Elemento subjetivo de los planos del instrumento. 2. Representación legal. Acreditación del modo de concurrencia. 3. Representación voluntaria. 3.1. Valor de la forma documental pública en el poder según el Código Civil. 3.2. Acreditación del modo de concurrencia. 3.3. El juicio de suficiencia de las facultades de representación. 3.3.1. Legitimación especial del apoderado. Breve referencia a los poderes para permutar viviendas. 3.3.2. Interpretación del poder. 3.3.3. Modos de reseñar el documento del que la representación resulta. Valor del juicio del notario sobre la suficiencia de las facultades. 3.3.3.1. Posición de la legislación notarial. 3.3.3.2. Calificación notarial versus calificación registral. 3.4. El juicio sobre la actualidad de las facultades de representación. 3.5. Concurrencia de sustitutos. 3.6. Actuación del notario en situaciones especiales. 3.6.1. Intervención sin poder o con poder insuficiente. 3.6.2. Representación no acreditada.

4. Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano..... 118

1. Comparecencia. 1.1. Encabezamiento. 1.1.1. Calificación del acto jurídico, hecho, acto o circunstancia con relevancia jurídica instrumentado. 1.1.2. Lugar y fecha de la autorización. 1.1.3. Identificación del notario autorizante. 1.2. Comparecencia propiamente dicha. 1.2.1. Identificación de los comparecientes. 1.2.2. Concepto, carácter o forma en que intervienen. 2. Parte expositiva, exposición de hechos o antecedentes. 2.1. Expresión de la finalidad o de sus motivos: sus efectos. 2.2. El objeto del negocio jurídico. 2.3. Descripción de inmuebles: rectificación de descripciones. 2.4. Determinación de los títulos de adquisición. 2.5. Determinación de cargas y gravámenes. 2.5.1. La determinación de cargas y gravámenes propiamente dichos. Especial referencia a los bienes inmuebles en el ordenamiento español. 2.5.2. Determinación de cargas y gravámenes en el ordenamiento cubano. 2.6. Determinación del valor: determinación en moneda extranjera. 3. Parte dispositiva. 4. Otorgamiento. 4.1. Unidad de acto. 4.1.1. Otorgamientos sucesivos. 4.2. Reservas y advertencias legales. 4.3. Lectura del instrumento. 4.4. La firma de los interesados. 5. Autorización. Bibliografía



Coordinación General de Postgrados y Maestrías
Facultad de Ciencias Jurídicas

5. Conservación y custodia de los documentos públicos notariales: el protocolo notarial y los archivos de protocolos notariales.....

1. El protocolo notarial. Etimología. Notas sobre su devenir histórico. Aproximación a su concepto. 2. Razón de ser de su existencia. 3. Naturaleza jurídica. 4. Modalidades. 5. Medidas de conservación y custodia de los protocolos notariales. 5.1. Regla de permanencia. 5.2. Regla de acceso al contenido del documento protocolizado. 5.3. Regla de identidad y contenido. 5.4. Regla de numeración ordinal por fecha. 5.5. Regla de foliación interior. 5.6. Regla de sustitución notarial. 5.7. Regla de índices complementarios del protocolo. 6. Reconstrucción de los documentos públicos notariales. 7. Archivos de protocolos notariales. Bibliografía.

Fundamentos y regulación notarial nicaragüense
Prof. Gerardo González Riega

1. Primer caso.....
2. Segundo caso.....
3. Tercer caso.....
4. Cuarto caso.....
5. Quinto caso.....

Teoría de las actas notariales. Actas notariales en especie

Josefina China Guevara

Profesora Auxiliar y Principal de Derecho
de Obligaciones y Derecho Notarial.

Facultad de Derecho. Universidad Central de Las Villas.
Notaria de Santa Clara

1. Aproximación al estudio de las actas notariales

El insigne maestro de notarios, Rodríguez Adrados, asegura que, por decantación, el acta notarial será todo documento público autorizado por notario que no tiene forma de escritura. Por tanto, no tendrán como contenido un acto jurídico; y sí, hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas, o cualquier otro acto de declaración lícita que por su naturaleza no constituya acto jurídico². Según la legislación interna que las regule podrán ser incorporadas o no al protocolo, y a consecuencia de ello ha surgido una técnica más depurada para las incorporadas al protocolo notarial, razón por la que se concederá mayor espacio y detenimiento en el análisis a éstas últimas.

El acercamiento a las actas notariales implica aceptar que - en una u otra legislación- conservan su inmensa variedad, tanto sustantiva como formalmente. Así, los conceptos y juicios que sobre el tema se sostengan serán simples aproximaciones a la realidad jurídica de cada país matizada por su realidad socioeconómica, cuya esencia las actas notariales intentan de alguna manera recoger.

En contraposición con la escritura pública donde los otorgantes son protagonistas del acto que se documenta y el notario emite juicios sobre el mismo para conseguir su eficacia plena; las actas notariales están - en principio- dedicadas a narrar las actuaciones propias del notario. El requirente en las actas sólo desata con su rogación el actuar del notario, que en adelante se convierte en actor principal del procedimiento extrajudicial concebido - para el acta en particular- por la Ley.

Una consideración - bastante generalizada dentro de la doctrina- afirma que el notario en vistas de su imparcialidad deberá adoptar una posición pasiva e indiferente ante los hechos o circunstancias que motivan las actas notariales. Tal pasividad e indiferencia es preciso traducirlas como antónimos de la actividad notarial moldeadora de la voluntad de las partes típica en las escrituras y no precisamente como inactividad.

² Es una posición muy difundida en la doctrina en este mismo sentido Rodríguez Adrados, Antonio, Cuestiones de técnica notarial en materia de actas, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, p. 9, donde se hace referencia a los criterios de López Palop y González Enriquez.

La cuestión que en las actas motiva tal traducción es resultado de la inmediatez del actuar notarial en ellas, se acoge documentalmente un hecho presente imposible de moldear para el futuro. La naturaleza del actuar notarial en actas convierte el procedimiento en adecuado para el uso fructífero en el mundo del mercado, de las relaciones comerciales, de la fijación de hechos con relevancia jurídica que en el mundo del tráfico requieren de una agilidad poco dada al procedimiento notarial de escritura. Por eso, si se trata de profundizar en la utilización de las actas en el ámbito mercantil sería impensable la multitud de situaciones que pudieran cubrirse documentalmente con la redacción de un acta notarial, en cualquiera de sus modalidades de clasificación.

Para explicar la actividad notarial en las actas es viable hacer un intento por grupos de ellas. Así, en las actas de mera percepción, donde el notario se limita a expresar y redactar lo que ha visto, palpado, olfateado o escuchado, su actividad consiste en esforzarse por confirmar sus sensaciones y que ellas no han sido manipuladas por su rogante asegurándose de la legalidad y corrección de su actuar. En este caso se estaría al participar en un sorteo, en una subasta, en un acta de juntas, por ejemplo.

Las actas de hechos propios del notario significan la destrucción más vívida de las consideraciones sobre la inactividad notarial en las actas. En ellas se narran y se autentican hechos que el notario mismo realiza en vista de su función de dación de fe. Entre ellas pueden citarse las actas de notificación, requerimiento, ofrecimiento real, protocolización, de protesto de letras y otras.

Las percepciones notariales en las actas pueden concluir no sólo con la simple narración de aquellas, sino con afirmaciones y calificaciones de contenido jurídico propio. De ahí, las actas llamadas de calificaciones jurídicas en las que el notario elabora un juicio acerca del conocimiento adquirido a través de lo percibido, entre ellas: las actas de notoriedad, las actas de subsanación, los expedientes notariales, etcétera.

Por último, están las actas de manifestaciones. Se denominan así aquellas que recogen las declaraciones de particulares: testigos, peritos, o parte misma. En ellas la actividad notarial es receptora de las manifestaciones, además de asesora y de asistencia.

En consecuencia, puede asegurarse que la función notarial en materia de actas se caracteriza por una multiplicación de actividades del notario que - en vista de su percepción sensorial- narra, controla, califica, o recepciona la información que recibe de un hecho presente e inmediato, siempre cumpliendo con la función de asesoramiento, que incluye las de imparcialidad, control de la legalidad y respeto a la intimidad y a las personas involucradas de una u otra forma en aquel.

Estas funciones de asesoramiento, imparcialidad, control de la legalidad y respeto a las personas y a su intimidad tienen - en materia de actas- matices especiales. Véase en que consisten.

2. El asesoramiento notarial en las actas

El notario, funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y otros actos extrajudiciales, tiene – además – reconocido por el ordenamiento su carácter de profesional del Derecho y con tal perfil, las legislaciones notariales latinas le reservan la misión de asesorar y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para orientar lícitamente la voluntad de quienes reclamen su ministerio.

Junto ese carácter inescindible de la función notarial en su faceta pública y privada, se encuentra la esencia de una actividad compleja, como se ha dejado dicho *up supra*. Ya Rodríguez Adrados³ apuntaba que “hay un notario documentador, pero inescindible de él hay también en nuestro tipo latino un notario intérprete, técnico, mediador u operador jurídico, profesional, consejero o consultor”.

Este deber de asesoramiento notarial se manifiesta en varios niveles que siguiendo a Cuevas Castaño⁴ pueden definirse como: INFORMAR, ASESORAR, ACONSEJAR Y ASISTIR. Dice el autor citado:

“Informar sería dar noticia de caminos posibles y de las características y riesgos de cada uno. Asesorar sería completar esa noticia con recomendaciones acerca de la mejor manera de hacer cada camino. Aconsejar es ya tomar partido, recomendar un camino concreto y asistir es acompañar por el camino, ayudar a ir sorteando sus peligros, comprometerse, en suma”.

Es indiscutible - a partir de tales aproximaciones- que el ámbito en que deberá moverse el asesoramiento implica un cuestionamiento ético del notario; sin embargo, tiene el asesoramiento sus repercusiones jurídicas; porque, - por ejemplo -, en ausencia del deber - que en tal sentido se exige- nacerá la responsabilidad civil para aquel.

Se trata – entonces – de la dimensión jurídica y de la dimensión ética del asesoramiento notarial.

En su dimensión jurídica, el asesoramiento se imbrica con el principio de control de legalidad y juridicidad. Dicho principio tiene como contenido acciones interrelacionadas que se proyectan en dos sentidos: legalizadoras, que adecuan el acto a la ley teniendo como esencia el interés estatal de conservar los derechos en la normalidad; y legitimadoras que aseguran la plena eficacia pretendida, la seguridad jurídica de los derechos adquiridos tanto en la estática como en la dinámica de los mismos. El control de la legalidad - así concebido- se enlaza

³ Rodríguez Adrados, Antonio; “Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1982, p. 319.

⁴ Cuevas Castaño, José Javier; “Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento”, *Deontología Notarial*, edición de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992, p. 919.

definitivamente dentro del actuar complejo del notario con el principio de calificación notarial.

En su dimensión ética, el asesoramiento es una fase previa al control de legalidad jurídicamente asumido, porque es un control profundo y no meramente formal. En esta fase el notario maneja un conjunto de información y datos mucho mayores referidos a deseos, motivaciones, causas, intereses; por tanto, debe abstenerse de recomendar como asesor lo que luego no podría autorizar como fedatario. Hay una característica que define la dimensión ética del asesoramiento notarial: la imparcialidad que diseña su actuar como profesional del Derecho; imparcialidad que no es neutralidad y que sustentan la independencia notarial y la libre elección de notario. Para ser imparcial el notario necesita estar y conocer, convivir para servir y, por último, paciencia para dedicar a cada cliente el tiempo que haga falta, para saber qué es realmente lo que quiere, para cerciorarse de que ha entendido, para ser pedagogos de las voluntades en lugar de fotógrafos de pluma o máquina de escribir⁵. Otro de los contenidos éticos del asesoramiento en las actas es el deber de respecto a las personas y a su intimidad, tema que tiene su espacio reservado más adelante en este estudio.

En síntesis, los deberes apuntados son zonas interrelacionadas del algoritmo lógico que conforma la función asesora del notario. Esta función en las actas se encuentra - sin duda- matizada y naturalmente reducida en algunos tipos de actas; porque, generalmente el asesoramiento notarial en las actas se limita ante la imparcialidad por la presencia frente al rogante de un destinatario. En estas condiciones - rogante frente a destinatario- no habrá otra salida que limitar el asesoramiento en las actas en cuanto signifique poner por encima los intereses de uno en un clima litigioso en potencia. Por tanto, tendrá el notario que asesorar limitadamente también al requerido o notificado, informarle e indicarle el alcance de sus manifestaciones; pero no hasta propiciar el descalabro de los fines de su rogante a quien tiene deber de asistir en su consecución.

Mayores niveles de asesoramiento podrán apreciarse en actas de calificaciones jurídicas donde el notario desbordará su ingenio - incluso- creando nuevas actas, cuya función social pueda llegar a ser jurídicamente aceptada.

3. La imparcialidad en las actas

En las actas, la imparcialidad - de la que se ha hablado antes- adquiere tintes muy particulares a consecuencia del requerimiento unilateral. La rogación legitima el actuar notarial imparcial que se convierte en límite al asesoramiento en las actuaciones prelitigiosas. Abonan esta limitación las siguientes razones:

- En tales condiciones no se debe prejuzgar.
- La actuación notarial no debe abordar el fondo del asunto porque las partes no tienen una voluntad común en ese sentido que legitime la función de dación de fe.

⁵ Idem, p. 931.

- Así, el notario deberá ajustarse a lo que la Ley y el Reglamento tienen concebido para el caso en particular.
- Ante una posición de desigualdad y de conflicto de intereses el notario debe afinar su precaución y la garantía que su función significa.

La imparcialidad - en actas ante situaciones de potencial conflicto de intereses- adopta un contenido diferente según se relacione el notario con el requirente (rogante) o lo haga con el requerido.

En la relación notario – requirente, el primero tendrá que cuidar los términos del requerimiento aceptado y no ir más allá de lo que el sujeto solicita, legitimar su actuar y corregir las posibles decisiones precipitadas. Estas previsiones resultan muy importantes para calificar la licitud de su actuación, y para acotar la actividad notarial con lo que se protege de las interferencias posibles en el fondo del asunto que provoca el conflicto de intereses. Para ello, es – a veces- conveniente solicitar minuta a la parte que requiere los servicios notariales, aunque – en otras ocasiones- la ley es clara en la determinación del contenido de la actuación del fedatario.

Cuando el notario entra – en su actuar- a relacionarse con el requerido tendrá como pauta - en todo caso- que éste no está obligado a nada frente a él, por lo que no podrá obligar al requerido a realizar acto alguno, ni siquiera que le permita al notario cumplir con el requerimiento solicitado. El fedatario - en estos casos- deberá hacer acopio de ecuanimidad y no perturbar su conducta con el objetivo de impedir cualquier tipo de coacción que pudiera percibir quien es destinatario del requerimiento. Así, este destinatario deberá ser convencido de la imparcialidad con que el notario trabaja el caso, insistiéndole en la ausencia de interés personal en el asunto. Quien recibe el requerimiento conocerá de inmediato el carácter de fedatario de quien actúa y el contenido que tendrá tal actuación, deberá ser informado por el notario de los derechos que en virtud del requerimiento ostenta, desenvolviéndose con absoluta libertad. Por otra parte, el notario en su relación con el requerido se abstendrá de ayudarle a frustrar la pretensión del requirente, le asistirá – si pide consejo legal- en relación con la posibilidad de asesorarse con otras personas entendidas, en cuya asistencia no habrá mención a recomendaciones sobre la conducta a seguir.

Las precauciones para garantizar la imparcialidad en las actas culminan en su redacción y contenido. En cuanto al contenido, éste se ajustará rigurosamente a los términos del requerimiento, debe recoger íntegramente los dichos del requerido en relación con el tema sujeto a actuación notarial, sin admitir la introducción de nuevos asuntos a tratar que impliquen un contrarequerimiento. Si de la redacción se trata, el notario se limitará a recoger lo percibido o apreciado, cuidándose de no prejuzgar, traduciendo a términos jurídicos las expresiones del requerido y realizando una labor de resumen de los hechos que afecten al tema con objetividad.

Es necesario precisar que aunque los términos de la rogación legitiman el actuar del notario en las actas, el rogante no puede determinar la realidad que va a ser

recogida documentalmente; porque, aún aceptado el requerimiento, si al momento de la diligencia el notario conoce de estos propósitos narrará en el acta el hecho completo.

Puede concluirse – entonces- que la determinación del contenido y la redacción del acta es atribución exclusiva del notario; atribución que cumplirá con total independencia de las partes involucradas en el requerimiento.

4. Control de la legalidad

El control de la legalidad en las actas depende del tipo de acta, de la finalidad que se pretenda y de los efectos que con ella se originan. Puede manifestarse en dos líneas fundamentales:

- Abstención de actuación notarial cuando el requerimiento sea contrario a las leyes, o estén ausentes los requisitos necesarios para su eficacia plena, o se intente una mera apariencia de legalidad.
- E impedir la entrada en las actas de actos que conlleven expresiones documentales superiores como por ejemplo la escritura, y además no desvirtuar el valor que, desde el punto de vista del control de la legalidad, tiene el procedimiento - para el asunto en particular- en cada acta. De tal forma se cuidará el notario de documentar un requerimiento donde se manifiesten voluntades concordantes, o se recoja un contrato oral; así como, de utilizar el procedimiento de un acta para burlar la regulación jurídica de otra, o vulnerar los derechos y la cobertura legal que se ofrece al destinatario de ella; por ejemplo, autorizando un acta de presencia por una de requerimiento, negándosele la oportunidad al requerido de contestar.

5. El respeto a la intimidad y a las personas

El respeto a la intimidad y a las personas es un derecho fundamental reconocido por el constitucionalismo moderno. Con tal fundamento, la actuación notarial en materia de actas no puede desligarse de su observación estricta.

En su relación con las personas y más si son terceras personas, el notario deberá cuidar el respeto que les debe al entrar en domicilio ajeno, en lugares de acceso restringido, donde necesitará siempre de la previa autorización para cumplir su función fedante, eligiendo día y hora adecuados, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia.

En las oportunidades en que se ponga en juego el respeto a la intimidad de las personas, el notario valorará la moralidad del acto, la ausencia de daño, y los intereses generales, además, el interés legítimo del requirente y la oportunidad del consentimiento del interesado en su caso. Tales factores iluminarán el sentido jurídico notarial de lo correcto - en situaciones de duda- autorizando el documento o negándose a redactarlo.

6. Técnica para la redacción de actas. Composición documental

La primera cuestión de técnica notarial a tratar en materia de actas es la cuestión de su estructura documental (vid. artículos del 80 al 84 del Reglamento notarial)

Cuando se habla de estructura documental en las actas la mención se refiere a sus partes componentes. La distribución de las partes componentes de cualquier acta puede ser realizada por el notario – convenientemente- de acuerdo con la situación concreta que se someta a su consideración como fedante.

En cuanto a la extensión y formulación de las actas no hay acuerdo en la doctrina consultada. Es posible – mínimamente- encontrar tres tendencias en la redacción de ellas:

- El procedimiento de doble acta: funciona cuando los notarios extienden un acta con el requerimiento y otra contentiva de la diligencia practicada. Es imprescindible si el requerimiento ha sido practicado ante otro notario; en otros casos, no se aconseja utilizarlo.
- Procedimiento de acta única: Es un procedimiento posible de utilizar por su agilidad, aconsejable por razones de urgencia, o en supuestos no muy complicados. Implica extender sólo un acta que se redacta con el requerimiento primero, seguido de la práctica de la diligencia después, de modo que todo se encuentra en un solo contexto que firman al final los interesados y el notario.
- Procedimiento de acta única con diligencias sucesivas: En tal procedimiento hay un texto inicial que contiene la rogación, y una o varias diligencias sucesivas contentivas de lo practicado por el notario en su virtud. Es la más utilizada.

Este texto inicial que contiene la rogación – en cualquiera de los tres procedimientos explicados- legitima el actuar del notario en la práctica de lo rogado, cuestión por la que resulta imprescindible diferenciarlo de la parte componente que se denomina diligencia en la que radica el contenido esencial del instrumento.

La anterior afirmación lógica hace decir a Rodríguez Adrados que quizá lo mejor fuera – en general- llamar al acta inicial simplemente rogación y reservar para las diligencias la denominación de actas... parece preferible hacer resaltar la esencia del instrumento que, en general, reside en la diligencia y no en el acta inicial⁶.

7. La rogación en las actas. Características y documentación

La rogación en las actas actúa como presupuesto procesal legitimante de la práctica de la diligencia debida. El notario no podrá actuar nunca sin previa rogación; su poder deriva del requirente y la imparcialidad esencial del notario se lo impide. Entonces, la primera característica de la rogación es su carácter previo.

⁶ Rodríguez Adrados, A., Cuestiones técnicas en..., cit., p. 12.

Esta rogación deberá ser determinada. Las rogaciones imprecisas ofrecerán oportunidad a la ilegitimidad en el actuar notarial por constituir – en definitiva – falta de rogación previa. Es imposible concretar posteriormente la rogación – en fase de diligencia – porque el requirente no podrá ir diciendo poco a poco al notario qué hacer constar o no en el acta.

La licitud es una atribución imprescindible en la rogación, definitivamente el notario no aceptará un requerimiento para presenciar un acto ilícito, ni podrá consignarlo en acta. Sin embargo, se ha discutido mucho en la doctrina notarial española sobre el tema. Criterios tan autorizados como el de Giménez Arnau, Sancho Tello o Sanahuja entendieron que las actas se referían a hechos presenciados por el notario sin interesar la licitud o no de los mismos, en todo caso, aceptaron que pudiera negarse el notario a levantar un acta de un ilícito del requirente, pero nunca cuando el ilícito proceda de otras personas. No obstante, últimamente, figuras de reconocido prestigio como Rodríguez Adrados y González Enríquez entienden la licitud como principio en materia de rogación.

La licitud se exige no sólo de la rogación sino también de la actuación notarial. Para ello, el notario deberá cerciorarse siempre de que actúa en la esfera extrajudicial de los derechos, sin intromisiones en lo judicial o administrativo; examinará su competencia territorial para el caso de que se trate, e impedirá el paso al abuso de las formas documentales, o a la creación de apariencia de legalidad.

Por último, el rogante debe demostrar al notario interés legítimo en la consecuencia jurídica que del hecho sometido a acta se derive. La forma de demostrar tal interés y la intensidad del mismo es lo que varía según sea la situación de que se da fe. Por tanto, puede que sea meritorio dedicar espacio considerable en las actas para acreditar el interés legítimo del requirente, o puede que este espacio sea mínimo como en el caso de aquellas en que sólo se precisa la mera percepción de cosas.

Concluida la caracterización de la rogación es preciso detenerse en su documentación. La rogación se recoge documentalmente en el acta que se denomina de requerimiento inicial, de la que se ha dejado dicho no es la verdadera acta. Sin embargo, aunque es imprescindible la rogación previa, la documentación de dicha rogación puede ser posterior a la percepción de los hechos por el notario. De tal forma, es perfectamente posible una rogación previa verbal que adquiera su faceta documental luego que el notario practique la diligencia debida. En dichas situaciones, la utilización del acta única, con único texto, donde se entremezclan la rogación y la diligencia es la más recomendada.

Rodríguez Adrados⁷ propone una interesante pregunta al respecto: “... ¿y si en la situación anterior de acta única el rogante se niega a firmar porque el resultado del acta es contrario a lo que él pretendía? Se responde así mismo: el notario autorizará el acta y no pasará absolutamente nada, porque la narración del notario produce todos sus efectos (...) la rogación es condición sine qua non

⁷ Idem, p. 68.

de la puesta en marcha de una situación que no puede iniciarse de oficio, pero no es condición de su eficacia; el notario, supuesta la rogación, es el protagonista”.

Una cuestión a precisar en la expresión documental de la rogación es la capacidad necesaria en el requirente, si será necesario afirmar su capacidad negocial o bastará con la apreciación de su capacidad de obrar. Partiendo de que el hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica que acoge el acta no tiene carácter de acto jurídico, de acto negocial, no sería preciso afirmar la capacidad negocial del requirente, ni del requerido en su caso. En ese sentido se pronuncian Cámara y Rodríguez Adrados (quien cita al primero): En sentido contrario se pronuncia el Reglamento notarial en su artículo 81, inciso c).

“La capacidad en sentido técnico solo puede referirse a declaraciones de voluntad. Y este tipo de actas (aquellas cuyo objeto consiste en acreditar hechos que por su naturaleza no son actos jurídicos) no contiene ninguna. La única capacidad exigible al requirente es la necesaria para solicitar la intervención notarial (...) Debe estimarse, pues, que basta la capacidad de obrar general”.⁸

Otra cuestión interesante sería averiguar la procedencia de la fe de identidad en las actas. Puede asegurarse de inicio que la identidad del requirente será preciso en la generalidad de los tipos de actas, porque - en vistas de la afirmación de su identidad- podrá aprovechar los beneficios que como prueba le aporte la autorización del documento notarial solicitado. Por otra parte, como el rogante es quien requiere al notario, éste podrá exigirle que se identifique; lo que no será posible frente a los destinatarios de la práctica de la diligencia debida. El Reglamento notarial exige en su artículo 81, inciso c), el juicio de identidad notarial.

La unidad de acto - que tanto se predica de las escrituras notariales- está ausente en las actas por falta de consentimiento. Tampoco se observa - generalmente- el principio de unidad de contexto, salvo en las actas de texto único. Las diligencias sucesivas proliferan en esta materia (vid. artículo 86 del Reglamento notarial).

En resumen, la documentación de la rogación se deja hecha con las características y precisiones apuntadas que en cada tipo de acta se manifestarán con matices. Luego de tal documentación la legitimación del actuar notarial en la fase de comprobación de los hechos está perfectamente otorgada. Resta una conclusión importante, la rogación legitima el actuar del notario - como se ha dicho- pero no limita la eficacia de la diligencia comprobatoria.

8. La comprobación en las actas

Un principio básico se enseñoorea de la redacción en la fase de comprobación de las actas y es aquel que advierte al notario la necesidad de dejar suficientemente claro las afirmaciones que han sido resultado de sus percepciones y las manifestadas por terceras personas (requeridos, peritos, u otros). La narración se

⁸ Rodríguez Adrados, A., Cuestiones técnicas en..., cit., p. 70.

hará por orden cronológico, cada actuación en un texto independiente y con autorización individualizada.

Para el completamiento de la descripción que en las actas ofrece el notario algunas legislaciones permiten la utilización de planos, diseños, fotografías, fotocopias. La cuestión surge en la incorporación de fotografías y la decisión sobre el procedimiento notarial adecuado para hacerlo. Hay acuerdo en la doctrina española y argentina sobre el tema. El procedimiento puede ser cualquiera de los siguientes:

- Incorporar las fotografías al acta haciendo constar al dorso de cada una de ellas que corresponden a las que el acta refiere.
- Dejar constancia de igual particular en diligencia separada que firma el rogante en la propia acta.
- O autorizar un acta de recepción de las fotografías que haga referencia al acta de obtención de las mismas.

Sin embargo, Rodríguez Adrados⁹ matiza la situación en este sentido:

“Lo dudoso es que el notario pueda dar fe de la coincidencia de unas fotografías con aquella realidad que tuvo a la vista hace unos días, pero que no tiene a la vista ahora y de la que sólo puede guardar un recuerdo, limitado como es lógico a los rasgos fundamentales, sin descender a detalles. El procedimiento adecuado parece que debe ser el contrario; personarse el notario ante la realidad con unas fotografías previamente obtenidas y comprobar la coincidencia exacta (...) de esas fotografías que ve, con la realidad que también ve, al mismo tiempo y que puede mirar y remirar. La incorporación de las fotografías al protocolo puede hacerse en la rogación inicial, o en el acta de comprobación”.

Por último, pueden predicarse del momento de documentar la comprobación en las actas los mismos principios que para la rogación: no se hace imprescindible la unidad de acto, ni de contexto, no se precisa la dación de fe de conocimiento de las terceras personas con las que el notario interactúa, y en general, no será necesario su identificación y firma, estableciéndose procedimientos adecuados para garantizar la efectividad de un acta en los casos en que faltare.

9. Clasificación de las actas notariales

Es posible hacer referencia a infinidad de situaciones que se documentan a través de actas notariales. En algunos casos, la legislación así mismo lo deja dicho y a esas actas se les denomina típicas. Atípicas serían – entonces- todas aquellas otras que autorizadas por notario cubren situaciones, hechos o circunstancias no dispuestas especialmente en la ley.

Desde el ángulo de la actividad que desarrolla el notario en cada una de ellas la clasificación se torna un poco más complicada y por ello más rica. Siguiendo a

⁹ Rodríguez Adrados, A., Cuestiones técnicas en..., cit., p. 85.

González Palomino¹⁰, pueden las actas contener una actividad “pasiva” del notario, o una actividad “activa”. Se refiere – claro está- a existencia de actividad notarial en las actas – lo que reafirma- y cómo puede manifestarse en menor o mayor grado, según sea el acta de presencia o de protocolización.

Desarrolla un poco más esta idea Rodríguez Adrados en su libro ya citado y utilizando como fundamento de clasificación el mismo tomado por González Palomino; es decir, la actividad del notario en las actas, las clasifica en actas de mera percepción, actas de manifestaciones, actas de control y percepción, actas de hechos propios del notario y actas de calificaciones.

9.1. Actas de mera percepción

Las actas en que la actividad del notario se califica como pasiva, especialmente las denominadas de mera percepción son la más pura expresión del acta notarial y campo en el que han proliferado todos los otros tipos de actas.

Ha sido muy criticada en la doctrina la calificación de pasiva de la actuación del notario en este tipo de actas¹¹. Es cierto que la actuación notarial - en dichas actas- pasa por la indagación, percepción, interpretación, comprensión, comprobación y narración de los hechos acaecidos como método para lograr la exacta captación de la realidad y la identificación del objeto; más, lo que resulta del todo insoslayable en ellas es la marcada abstención del notario para formular juicios personales. El notario ejercerá en tales casos su función de testigo público dador de fe y se cuidará de convertirse en perito, de hacer deducciones, o incluir apreciaciones en que intervenga su subjetividad.

En fin, que la frase “mera percepción de hechos” significa que el notario tendrá que realizar la acción de percibir; o lo que es lo mismo, adquirir conocimiento por medio de los sentidos de los hechos que ante él ocurran. Tal afirmación implica dos acotaciones: una, que en esta percepción sensorial no se excluye la información obtenida por ninguno de los cinco sentidos, pero el que resulta de primer orden es la vista, sin ella el notario no podrá dar fe del resto de sus percepciones; dos, los hechos que ante él ocurran pueden estar referidos a cosas o documentos, a personas o sus actos.

Reguladas en los artículos 85, inciso b), de la Ley y 87 y 88 del Reglamento notarial.

9.1.1. Actas de mera percepción de cosas

Son aquellas actas que narran la existencia material de una cosa (o de varias) y de ella – según el caso- podrá acreditarse su existencia o inexistencia en un lugar determinado, quien detenta su posesión, su entrega, el lugar en que se encuentra,

¹⁰ González Palomino, José, *Negocio jurídico y documento*, p. 25.

¹¹ Muestra de ello lo son las monografías de Rodríguez Adrados, y González Enríquez, ya citadas.

o el estado o circunstancias que mantiene. Entre ellas, por ejemplo, las actas de exhibición de cosas, de destrucción o inutilización, de inventario, y otras.

Imprescindible en estas actas es el tratamiento del lugar. Según el caso, el notario tendrá que advertir a las personas encargadas o dueñas del lugar donde se requiera su actuar (locales cerrados, privados, tiendas y establecimientos mercantiles, domicilio ajeno) de su condición de fedatario público y de sus propósitos. Necesitará – como es lógico- de la autorización debida para entrar al lugar en tales situaciones. Otra dificultad sería que los objetos que hay que describir estuvieran guardados en una caja de seguridad, o en cualquier baúl, o mueble cerrado; sólo – entonces – con el consentimiento del titular podrá actuar el notario.

Por el contrario, parece que el notario no necesitará comunicación, ni autorización alguna si el lugar en que practica sus actuaciones es un escenario público.

Reguladas en los artículos 85, inciso b), de la Ley y 87 y 88 del Reglamento notarial.

9.1.2. Actas de mera percepción de documentos

Este tipo de acta notarial significa una intromisión en la competencia funcional de otros funcionarios si se usa, por ejemplo, sobre los originales de documentos públicos de competencia ajena. Esta razón determina su prohibición. Sin embargo, es perfectamente posible sobre las copias o testimonios de aquellos documentos.

Las actas de mera percepción de documentos pueden acreditar - entre otras cosas – posesión por persona determinada, lugar en que se encuentran, reconocimiento de la propia firma puesta con anterioridad en un documento. Entre otros ejemplos pudiera mencionarse el acta de cancelación de condición resolutoria de una letra de cambio, el acta de protesto por falta de pago (vid. artículo 85. inciso a) del Reglamento notarial). Sin duda, el notario guardará – en estos casos- las mismas precauciones - en cuanto al lugar de la práctica de las actuaciones- que en las actas de mera percepción de cosas.

Si son actas de inutilización de documentos los efectos dependen de las legislaciones internas de cada país, pero internacionalmente se ha demostrado su valía en la cancelación de hipotecas en garantía de títulos al portador, en la amortización por pago o por compra de obligaciones en Bolsa, para cancelar las garantías ofrecidas en la emisión de obligaciones de sociedades anónimas, y otras.

9.1.3. Actas de mera percepción de personas

Estas actas exigen la identificación de una persona, lo que implica un juicio del notario. La variedad más conocida de este tipo de actas es el acta de existencia o también llamada fe de vida (vid. artículo 85, inciso b), y artículo 87 del reglamento notarial) . Acreditar la vida puede ser de interés no sólo para la persona misma, sino también para un tercero al que - por ejemplo- se le ha impuesto una condición que depende de la vida de aquella.

Igualmente los estados o circunstancias físicas de la persona, su presencia en un determinado lugar pueden ser objeto de mera percepción; sin embargo, se recomienda cautela en el actuar notarial ante el deber de respeto a los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que salvaguardan la Constitución y las leyes – en todo caso- y especialmente cuando la persona que es objeto de percepción y el rogante no coinciden.

9.1.4. Actas de mera percepción de actos humanos

Son actas que acreditan – como situación más frecuente- los actos del propio rogante y las respuestas de otras personas a ellos: el caso de la intimación al deudor del cumplimiento de una obligación sin fecha de cumplimiento (vid. artículos 85 incisos b) y f), y 89 al 95 del Reglamento notarial), del protesto por falta de aceptación (vid. artículo 85 inciso a) del Reglamento notarial) y otras muchas situaciones parecidas.

Igualmente pueden contener la narración de actos del rogante o de terceras personas, siempre cuidando - en este último caso- que esté demostrado el interés del solicitante, lo bastante como para legitimar la injerencia en la esfera jurídica ajena. De lo contrario, se negará la intervención.

Este tipo de acta tiene un punto importante en común con las actas de requerimiento u ofrecimiento de pago; es - por ello- necesario conservar la identidad de unas y otras en aras del principio de respeto a los tipos específicos de actas notariales. Las actas de presencia (de mera percepción) son la sabana donde nacieron y se moldearon jurídicamente otros tipos específicos de actas como las citadas. Sería una paradoja – entonces- usar ahora el género para dar forma a situaciones más específicas quebrantando el equilibrio trazado por las leyes.

9.2. Actas de manifestaciones

En estas actas se documentan públicamente declaraciones del rogante o de terceras personas.

9.2.1. Actas de manifestaciones de terceros

Cuando las declaraciones recogidas en el acta son de terceras personas ajenas al hecho del que se trata –ocurrido en el pasado- se está ante un acta de referencia (vid. artículos 85, inciso c) y 102 del Reglamento notarial).

Aunque se discute en la doctrina su admisibilidad, esta se funda en la limitación de su valor auténtico, lo que significa que los testimonios efectuados ante notario ostentarán un mero valor probatorio.

En tales actas constarán las manifestaciones del declarante, en ausencia de cualquier intento de interpretación notarial. El notario advertirá al declarante sobre el alcance jurídico de sus manifestaciones, sobre su responsabilidad en caso de perjurio, prestando - de dicha forma- la asistencia notarial debida por principio.

En la expresión instrumental de las actas de manifestaciones de terceros pueden identificarse dos formas de obtener la declaración pretendida:

- Cuando tal declaración se efectúa directamente ante notario donde rogante y declarante coinciden en la misma persona. El acta tendrá texto único, no se precisa por el declarante interés legítimo en el asunto al cual se refiere su declaración y será identificado por el notario como sujeto de instrumento; o,
- Cuando tal declaración se efectúa indirectamente ante notario, donde la condición de rogante y declarante no coinciden en la misma persona. También en ellas suele mantenerse la unidad de contexto, pero se estructura éste de forma diferente, colocando la rogación inicial y luego el texto referente al acta de manifestaciones que sea. No resulta necesario en ellas la identificación del declarante.

Un matiz especial tiene las actas de manifestaciones que conlleva a la notoriedad testimonial (vid. artículos 85, inciso e) y 103 y 104 del Reglamento notarial), argumentada por declarantes con cualidades especiales que les dotan para manifestarse sobre el ambiente en que ocurrieron los hechos del que fueron parte o sobre acontecimientos públicamente conocidos. El notario ante estas situaciones deberá informarse sobre si los testigos tienen efectivamente conocimiento del hecho comprobado y de su real notoriedad, controlando las declaraciones efectuadas ante él y - de tal forma -, asegurando la eficacia pretendida del acta.

Características que la particularizan tiene el acta contentiva de manifestaciones de peritos. El notario en relación con la concurrencia de peritos en el instrumento público exigirá su identificación, titulación, ausencia de interés legítimo en el asunto de que se trata y le advertirá sobre su responsabilidad por perjurio y acerca del valor jurídico de sus manifestaciones.

El dictamen pericial podrá ser ofrecido ante notario, directa o indirectamente, con las consecuencias fácticas y documentales que ya se dejaron dichas *up supra*, apareciendo recogido en el cuerpo del acta o en documento unido a la rogación inicial.

Resulta imprescindible diferenciar el supuesto de hecho que recoge el acta de manifestaciones periciales, de aquel que se documenta en acta de presencia con intervención de peritos. En éste último caso, la nota esencial de la intervención del perito resulta ser facilitadora en la apreciación del hecho por el notario; es decir, logra que el notario amplíe el espectro perceptivo a consecuencia de su participación. Sin embargo, en el acta de manifestaciones periciales la labor del perito es esencialmente técnica, dictaminadora, profesional.

9.2.2. Actas de manifestaciones de parte

El primer obstáculo que se presenta en este tipo de actas es la consideración en que se tiene tal manifestación de parte: como verdadera manifestación de voluntad integrada al documento, su forma de expresión jurídica; o, como simple hecho.

Ante esta disyuntiva la opinión más generalizada concuerda en aceptar el acta de manifestaciones contentiva de una declaración de voluntad de parte solo en los casos en que resulten objeto de tratamiento notarial indirecto; es decir, la declaración de voluntad de parte entrará al documento a consecuencia de la práctica de lo rogado por el sujeto al notario, que en una actuación compleja documentará como simple hecho tal declaración¹².

No obstante, la legislación notarial latina acepta sin distinción el acta de depósito, que realmente no documenta el contrato de depósito, sino el hecho de la recepción de la cosa por el notario en tal concepto (vid. artículo 85 inciso d) y 100 y 101 del Reglamento notarial). A este tipo de actas que la legislación notarial reconoce como adecuada para determinados actos se les llama Actas Formales.

Entre los inconvenientes para documentar declaraciones de voluntad en actas se encuentran el principio de respecto a las formas documentales superiores. La escritura pública despliega mayor eficacia *inter partes* y frente a terceros y una práctica contraria a tal principio crearía confusión e inseguridad jurídica, tanto en la estática como en la dinámica de los derechos.

Ahora bien, no todas las manifestaciones de parte consisten en declaraciones de voluntad. Existen otras declaraciones que acceden a la forma documental de acta y en ellas el notario deberá observar la capacidad del declarante para hacerlo sobre el hecho en particular y la licitud de tal declaración, absteniéndose de

¹² En éstos términos Rodríguez Adrados, A., *Cuestiones técnicas en...*, cit., p. 245, citando a González Enriquez-Manrique-Mollada

actuar cuando el manifestante centre su confesión en su participación en hechos delictivos.

Entre las de su tipo se encuentran las declaraciones juradas de ingresos y las actas de manifestaciones que tienen la función de suplir la carencia de otros medios para acreditar la cuestión de que se trate.

Hasta aquí el acercamiento a aquellas actas clasificadas dentro de las de actuación notarial menos intensa denominadas pasivas. Véase en adelante las que clasifican dentro de las activas.

9.3. Las actas de control y percepción

En este grupo de actas la actividad del notario no está limitada únicamente a la percepción, sino que en ellas deberá desarrollar una previa actividad de control, porque el objeto de la percepción es el resultado de un procedimiento cuya pertinencia es de apreciación notarial. El notario en las actas de este grupo controlará - desde su imparcialidad- la observancia de la legalidad en la obtención del resultado que percibe.

Entre estas actas se encuentran- por ejemplo- las de sorteo y muestreo, las de publicidad comercial, las de determinación del saldo, las de juntas, las de subasta, y otras que la legislación interna de cada país autorice.

En las actas de sorteo la actividad del notario no consiste sólo en recoger el resultado y hacerlo constar públicamente, sino que tendrá que controlar que el certamen y la elección hayan sido celebrados cumpliendo todas las reglas que para ello fueron establecidas -ya sean legales, fundacionales, contractuales, o fijadas por una oferta al público- y además que todos los participantes disfruten de igualdad de oportunidades controlando -en su caso- la participación de los que debían concurrir y haciendo constar la declaración del rogante de que se encuentran la totalidad de las cartas recibidas, o las bolas, o las papeletas, o cualquier otro signo que se utilice para efectuar el sorteo.

En el muestreo, el notario controlará la legalidad en la toma de muestras para acreditar la calidad media, o las condiciones medias que interesan al solicitante y por ello también le son aplicables las consideraciones anotadas anteriormente para el sorteo.

La persona del rogante, ante el requerimiento notarial en dichas actas, se atribuye un valor añadido porque colabora - con su declaración- al control notarial, en parcelas donde aquel no alcanza, razón por la que instrumentalmente deberá ser identificado y calificada su capacidad representativa igual que si fuere un acto jurídico negocial.

La redacción será compleja pues la rogación deberá contener una exposición de las condiciones del muestreo o sorteo que contribuya a lograr los fines propuestos en la eficaz publicación del resultado percibido.

Las actas de publicidad comercial contienen las particularidades típicas de dicha actividad comercial que el notario observará. La rogación se caracteriza por su precisión y nivel de detalle. El rogante será identificado y apreciada su capacidad y representación.

Son necesarias estas precisiones por cuenta de la percepción del objeto del acta que será el resultado de un proceso controlado por el rogante y que éste en cualquier momento puede manipular. Para el control notarial sobre la veracidad del resultado y que no se convierta en un acto de prestidigitación –en muchos casos- se solicitará por el notario el auxilio de peritos cuya selección recaerá en el propio notario. El principio de veracidad en la publicidad es primordial, razón más que suficiente para que la actuación notarial en dichas situaciones se asista del perito en aras de garantizar la eficacia del documento fehacientemente autorizado.

Igualmente se manifiestan las características de actas de control y percepción en aquellas que contienen la determinación del saldo de un crédito en cuenta bancaria. Es dable que la legislación autorice al notario para comprobar en tales situaciones la coincidencia entre el saldo que la certificación de la entidad acreedora ofrece y el que aparece en la cuenta abierta al deudor y además, constatar que en la liquidación la entidad acreedora ha tenido en cuenta la fórmula pactada para ello en el título ejecutivo del que se deriva; es decir, que se ha seguido el procedimiento para la fijación del saldo acordado en la escritura de crédito e –incluso- comprobará si las cargas debitadas en cuenta estaban así previstas en dicho documento. Así, puede asegurarse la imparcialidad notarial, el notario no fija el saldo sino que controla la legalidad y corrección de la determinación practicada por el acreedor.

Una actividad de control mucho más intensa cumple el notario cuando es requerido para redactar actas de juntas que según la legislación interna de cada país se manifestarán en uno u otro sentido.

Es preciso –antes de continuar- definir el supuesto de hecho que contiene un acta de junta. La rogación de uno de los socios o comuneros al notario para levantar acta de una junta en que participa, es simplemente un caso subsumible en un acta de mera percepción de hechos, en que el notario podrá realizar su comprobación rogada, luego de comunicar a la Dirección de la Junta su condición y propósito. La situación fáctica que fundamenta el acta de junta es diametralmente diferente.

El notario sólo puede levantar el acta de junta cuando la rogación sea formulada por el órgano representativo de la propia sociedad, asociación o comunidad de bienes, porque así lo han decidido o estatutariamente se contempla. El control notarial comienza con la comprobación de la convocatoria, su autoría, publicidad, antelación, legalidad y revisión del orden del día; sin embargo, se cuidará bien el notario de mantener la independencia de su función sin inmiscuirse en el papel del Presidente o Secretario de la Junta actuada. En su redacción el fedatario recogerá el texto literal de los acuerdos, los presupuestos

de validez de su adopción y de la constitución de la Junta y las reservas o protestas hechas por los socios asistentes.

Además de ello, hay cuestiones como la fecha, lugar y hora de la reunión que alcanzan especial significado en éstas actas para comprobar así el cumplimiento de la convocatoria librada al efecto, la redacción deberá precisar sobre la persona que resulta Presidente de la Junta, identificarlo y dejar constancia del carácter y los poderes con que actúa, porque luego referirá sus declaraciones sobre la constitución válida de la junta, informes de asistencia, aprobación de acuerdos, las mayorías que así lo determinan, y todo ello como parte del control de legalidad que el notario ejerce en dichas situaciones; asistido en ciertas cuestiones por el Presidente quien aporta datos que al control notarial escapan, como por ejemplo, la asistencia real y el por ciento de capital representado en ella. Sin embargo, el notario no calificará la legalidad de los acuerdos adoptados porque ello es de competencia social, salvo que sean constitutivos de delito en que denegará la continuidad de su actuación.

El acta de junta podrá ser extendida en un solo acto, con unidad de contexto o con diligencias sucesivas si la junta se extiende por varios días.

Las actas de subasta también llevan implícita esta labor notarial controladora de la legalidad del procedimiento. La rogación será especialmente protectora del rematante; para ello el notario se asegurará de la identificación del solicitante interesado en la subasta, apreciará su capacidad y representación, contendrá la descripción de la cosa a subastar, el estado de cargas, tipo de subasta, depósito previo, plazo para el rematante constituir el depósito, posibilidad de segunda subasta, condiciones de otorgamiento de la escritura en su caso, además del anuncio de la subasta en la fecha y lugar de la misma.

En la redacción del acta, el notario hará constar el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, el acontecer del procedimiento acordado y la adjudicación que hace el rogante a favor del rematante y –en su caso- las protestas o reservas presentadas por otros participantes en la puja.

En la subasta notarial se atribuyen al fedatario funciones de control de la legalidad en la enajenación a favor del deudor o del dueño de la cosa pignorada. En España –por ejemplo- se utilizan este tipo de actas también en ejecución hipotecaria tanto mobiliaria como inmobiliaria.

9.4. Actas de hechos propios del notario

El notario, funcionario dador de fe, que asevera los hechos ocurridos ante él, tiene en dicha función otra dimensión: la fe pública alcanza –además- los hechos que el propio notario ha realizado en ejercicio de ella.

Legislativamente aparece esta doble dimensión de la fe pública a partir del Código Italiano de 1942. Doctrinalmente ha sido comentada por varios autores;

en especial por Nuñez Lagos¹³ incluyendo entre los requisitos de la fe pública que el autor –el notario- vea un hecho ajeno o narre un hecho propio.

La fe pública así concebida revoluciona el ámbito de las actas notariales; porque, en aquellas donde el notario narra un hecho propio dará fe no sólo de su percepción sensorial sino de su actuación, de su producción fáctica.

En este grupo de actas que se caracterizan porque el hecho practicado por el notario es el meollo fundamental de la rogación pueden agruparse las siguientes:

Actas de notificación y de requerimiento (vid. artículos 85, inciso f) y 89 al 95 del Reglamento notarial)

Actas de ofrecimiento de pago (vid. artículo 85, inciso b) del Reglamento notarial)

Actas de remisión de documentos por correo.

Actas de protocolización (vid. artículos 85, inciso ch) y 96 al 98 del Reglamento notarial)

Actas de depósito (vid. artículos 85, inciso d) y 100 y 101 del Reglamento notarial)

Resulta de máxima necesidad dedicar un breve comentario a cada una de estas actas con el objetivo de resaltar sus peculiaridades.

9.4.1. Actas de notificación y requerimiento

Existe una evidente diferenciación desde el punto de vista sustantivo entre estas actas. Al notificar el notario hará saber al destinatario de la rogación sobre algún particular contenido en ella (cfr. artículo 92 del Reglamento notarial); al requerir, el notario da a conocer el contenido de la rogación que incluye la adopción de una determinada actitud por parte del destinatario (cfr. artículo 85, inciso f), del Reglamento notarial).

En dichas situaciones, el notario –que no es una autoridad- no podrá exigir en acta el comportamiento solicitado, pero pienso que intimar sí puede, porque el concepto de autoridad o fuerza que la intimación requiere no es precisamente el de autoridad o fuerza pública; sino, nace y se origina en la autoridad y fuerza que emana de la posición jurídica del rogante frente al destinatario de la misma, que le permite al notario inmiscuirse en la esfera jurídica del tercero para lograr construir con su actuación la prueba necesaria.

La legislación notarial española explica esta dicotomía de contenido entre acta de notificación y requerimiento de la siguiente forma:

¹³ Nuñez Lagos, Rafael, “La fe pública”, Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre, 1957, pp. 7-44.

“Las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento - además – intimar al requerido para que adopte una determinada actitud”.

El espíritu de la norma distingue los contenidos de lo que notarialmente se considera un solo tipo de acta. El requerimiento es el continente, la notificación el contenido. Su procedimiento es uno, con matices, a consecuencia de las particularidades de la rogación.

El Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales en Cuba reconoce como actas de requerimiento aquellas que acreditan que el requirente –bajo su responsabilidad – ejercerá –sin fuerza coactiva- cualquier acción lícita o derecho; o, para que el requerido diga, haga o deje de hacer algo (cfr. artículo 85, inciso f).

La filosofía que sigue el legislador cubano al respecto concibe el requerimiento como género del que participa la notificación como especie¹⁴ unificando el régimen del procedimiento extrajudicial que les asiste (vid. artículos del 89 al 95 del Reglamento notarial).

Otra cuestión que ha merecido espacio en los comentarios acerca de las actas de requerimiento y notificación es la posibilidad de documentar un hecho de

¹⁴ Los artículos 89, 90, 91, 92 y 93 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales dan fe de tal aseveración.

Artículo 89: “Las actas que comporten una solicitud de requerimiento contendrán además: a) El término en que ha de practicarse el requerimiento; b) persona a que se ha de notificar o requerir; c) lugar en que habrá de practicarse la notificación o requerimiento; ch) objeto de la notificación o requerimiento; d) plazo que se fija al requerido o notificado para la diligencia de respuesta; y d) obligación del notario de hacer entrega de copia del documento al requerido”.

Artículo 90: “El notario practicará las diligencias de notificación a la persona designada por el requirente y, en su defecto, a su apoderado, familiar o cualquier otra persona relacionada con el requerido. El Notario practicará las diligencias de notificación en cuanto las mismas sean factibles y en la forma y dentro del término acordado.

La diligencia de notificación se extenderá en el mismo pliego en que termina el acta y, si no fuere posible o faltare espacio, podrá hacerse al margen o en documento anexo”.

Artículo 91: “En todo acto de requerimiento o de notificación, la persona requerida o notificada o quien legalmente la represente, tendrá derecho a contestar el requerimiento o notificación en el acto, lo que el Notario hará constar en la propia acta o mediante diligencia de respuesta cuya copia entregará al requerido o notificado”.

Artículo 92: “Sólo podrá practicarse el requerimiento o notificación en un centro de trabajo, cuando dicho acto esté relacionado con la actividad laboral del requerido”.

Artículo 93: “El Notario no podrá autorizar copia del acta de requerimiento sin que conste en ella la respuesta que diere el requerido, si hiciere uso de ese derecho, sin que haya transcurrido el plazo indicado para que éste responda.

Se exceptúa de lo regulado en el párrafo anterior, las copias que le sean reclamadas al notario por el requirente bajo su responsabilidad, aunque no haya concluido dicho plazo para ejercer cualquier acción o derecho. El Notario hará constar este extremo en la autorización de la copia y en la nota de expedición que ha de consignar en la matriz”.

carácter requisitorio en forma de acta de presencia, en vista de la actitud notarial para ser requerido a presenciar el acaecimiento de hechos o actos con relevancia jurídica. Ante dicha situación, el notario actuante tendrá que armarse de principios como el respeto a las formas documentales especializadas que dispone que la rogación previa excluye el requerimiento directo del requirente al requerido, para afirmar –entonces- que es el notario –por ello- quien lo practica en la diligencia.

Indudablemente el razonamiento anterior se sustenta sobre el compromiso ético jurídico del notario en la conservación de la paridad entre los intervinientes del acta, que de perturbarse entraría en irremediable contradicción con la imparcialidad notarial convirtiendo ésta última en inútil paradoja.

En la riqueza fáctica que proporciona la actividad humana captada documentalmente por notario puede imaginarse la posibilidad de que - en trámite de requerimiento notarial y en vista del consensualismo contractual dominante- un acta de este tipo se constituya en prueba fehaciente de la perfección de un contrato, dado que la notificación es susceptible de contener una declaración de voluntad, o una oferta contractual y ésta ser aceptada en diligencia de contestación. Sin embargo, la doctrina se encuentra totalmente de acuerdo en que resulta imposible considerar que tal contenido fáctico –eminente contractual- convierta la expresión documental de acta en escritura pública.

En este análisis juega un papel determinante la consideración exacta de los dos planos del instrumento público: el plano del acto y el plano del documento. En el plano del acto, al manifestarse de modo concordante la oferta y la aceptación sobre el objeto de contrato, éste se perfecciona de Derecho y provoca - como consecuencia jurídica- el nacimiento de obligaciones para los contratantes, exigibles inter partes; no obstante, dicho contrato necesita de un reconocimiento frente a terceros –plano documental- y es en ese ámbito, donde nace el efecto de publicidad que precisa –en el caso de contratos- de una escritura pública –cuando así lo dispone la ley- como forma de expresión documental adecuada; independientemente, del efecto probatorio que cualquier otra forma ejerza del hecho de la manifestación concordante de la voluntad contractual.

En el plano documental, los argumentos en contra de la conversión de un acta contentiva de un acuerdo contractual en escritura pasan –además- por el carácter de la rogación recibida por notario, que no podrá ser ampliada, ni modificada por el requerido. Los efectos de tal acta no serán en modo alguno los que el ordenamiento legal asocia a la escritura pública.

El efecto publicidad en las actas de requerimiento tiene dos elementos fundamentales a tener en cuenta:

El conocimiento de los hechos por el notificado.
El oficio público del notario actuante.

En adelante, un análisis detallado de cada uno de estos elementos fundamentales:

El conocimiento de los hechos por el notificado.

Es preciso dejar clara la finalidad del requerimiento o notificación: que el destinatario tome conocimiento del objeto de la rogación (cfr. artículo 89, inciso ch), del Reglamento notarial).

Ahora bien, cuando la ley hace referencia al conocimiento por el destinatario no debe traducirse como conocimiento efectivo, sino sólo como posibilidad de conocer. Entonces, la finalidad perseguida por la rogación se logra si se coloca al destinatario en aptitud de conocer la rogación, siempre contando con su diligencia debida, situación de hecho que se deja totalmente consumada al presentarse la comunicación en el lugar de destino del requerimiento, cuya recepción formal produce todos los efectos del conocimiento efectivo del requerido, con la objetividad que la entrega obligatoria de copia del acta le imprime. La mejor síntesis en ese sentido la ofrece Nuñez Lagos¹⁵: “la notificación es un acto formal (...) un acto real de entrega documental”, dice.

Así considerado, el conocimiento efectivo funciona —entonces— sólo como subsanador de una notificación defectuosa o no realizada, si logra probarse.

Por otro lado, la notificación como acto formal implica la adecuación de la rogación y como entrega real se asocia al hecho de la obligatoriedad para el notario actuante de expedir copia al requerido o a su representante, con precisiones sobre la persona, el lugar, y el derecho de contestación del mismo.

Según el carácter y finalidad de la rogación, la notificación será sencilla o de las que suelen denominarse notificaciones cualificadas. Ciertamente —siguiendo la autorizada voz de Antonio Rodríguez Adrados— la cualificación de la notificación implica exigencias jurídicas con trascendencia documental como: afirmación de la capacidad y conocimiento del requirente por cuenta de la necesidad de conservar sus derechos, o el ejercicio de sus derechos potestativos, o por cuenta de denuncias que abren para el destinatario plazos preclusivos.

La rogación del requerimiento contendrá el término en que ha de practicarse el mismo, la identificación precisa de la persona a la que se ha de notificar, el lugar en que debe practicarse la diligencia de notificación o requerimiento solicitada, el objeto de esta diligencia, el plazo que se fija al requerido o al notificado para la diligencia de respuesta y la obligación del notario actuante de hacer entrega de una copia del documento al destinatario de la rogación practicada por notario (cfr. artículo 89 del Reglamento notarial). Tales precisiones permitirán al fedatario en funciones practicar la diligencia de notificación en la persona designada, o en su defecto en la persona de su representante, familiar o cualquier otra relacionada con el requerido, diligencia que tiene su expresión documental

¹⁵ Nuñez Lagos, Rafael, “Efectos sustantivos de las Actas Notariales”, Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1965, pp. 35 y 36.

en el acta y será redactada por el notario en el mismo pliego en que termina la rogación, al margen o en documento anexo (cfr. artículo 90 del Reglamento notarial). Dicha diligencia de notificación deberá contener —además— la advertencia del notario al destinatario de su derecho de contestar el requerimiento en el acto, que en caso de ser usado hará constar el fedatario en la propia acta o como diligencia de respuesta (cfr. artículo 91 del Reglamento notarial).

Se hace necesario resaltar dos matices importantes. En el procedimiento notarial de requerimiento el lugar actúa como subrogado de la persona del destinatario y la entrega documental se hace posible —por ello— no sólo personalmente, sino también, con la utilización del correo, siempre con la precaución de observar la competencia notarial en el lugar de destino del requerimiento, porque en otro caso tendría el notario que acudir al exhorto notarial.

En cuanto al derecho de contestación vale decir, que es potestativo para el notificado o requerido, por lo que podrá ejercerlo o no, y en tal virtud, el notario deberá advertir al destinatario de ello y de sus consecuencias, protegiéndole y facilitándole su ejercicio. Es de orden distinguir —entonces— entre el derecho de responder al requerimiento y el plazo indicado para que el destinatario responda; porque, el primero atiende únicamente a la regulación notarial que norme el procedimiento extrajudicial y el segundo, puede corresponder a un plazo preclusivo, determinado sustantivamente en otra legislación especial.

El oficio público del notario actuante.

La autoría que ofrece el notario como funcionario público del acta de requerimiento dota a esta de certidumbre y con ello de carácter de documento público y valor oficial al firmar el original y su copia autorizada.

Este oficio público en materia de actas se caracteriza por la perfecta armonía —necesaria por demás— entre el deber de asesoramiento y el principio esencial de imparcialidad notarial. Así, el asesoramiento en actas de requerimiento o notificación se concentrará en la puesta a punto del requerimiento mismo para conseguir su más perfecta validez y eficacia jurídica; sin intervenir en el asesoramiento del destinatario sobre su estrategia de respuesta que pueda destruir el interés jurídico del rogante, pero le asistirá en el conocimiento de sus derechos y de las consecuencias jurídicas de sus actos.

9.4.2. Actas de ofrecimiento de pago

Entre las actas de hechos propios del notario puede reconocerse a las que documentan un ofrecimiento real que ganan independencia de las de requerimiento por sus peculiaridades sustantivas y especialidades formales, pues aquí la recepción no es privativa del destinatario del ofrecimiento; si no, que es el notario mismo quien recibe la cosa que va a ser ofrecida y —en su caso— tales actas contendrán el hecho de la entrega de ella al receptor final (vid. artículo 85, inciso b), del Reglamento notarial).

La rogación tiene aquí un grado más alto de complejidad, porque se hará constar la individualización o descripción de lo que se ofrece, concepto y recepción notarial que implica una obligación de custodia sin condicionamiento alguno. Además, la entrega de las cosas ofrecidas podrá hacerse únicamente al destinatario determinado en persona o a un representante legal o voluntario suyo, el cual será sometido al juicio de identidad, capacidad y representación en su caso.

9.4.3. Actas de remisión por correo

Estas actas de remisión por correo se encuentran muy difundidas en la práctica notarial latina, como medio de acreditar el contenido del sobre. Las actas de remisión por correo de documentos o paquetes postales harán constar el contenido de la carta, documento, o paquete postal (podrá insertarse el texto en la matriz, o incorporar fotocopia de los documentos, o unir a ella copia idéntica de la carta o documento que sea), la fecha de entrega en la oficina de correos, la expedición del certificado postal en su caso, y la recepción por el notario del aviso de recibo, actuaciones notariales que se redactarán en diligencias sucesivas. En los documentos enviados por correo el notario ejercerá el control de la legalidad correspondiente según la ley aplicable y asistirá al remitente en la correspondencia entre la finalidad perseguida y el tipo de acta que se interesa, dejando constancia de su intervención en la carta o documentos remitidos.

La manera de dejar constancia de la intervención notarial puede ser diversa: por nota y media firma, o poniendo el sello y la firma del notario autorizante, no siendo admisible en estos casos, por respeto a las formas documentales típicas, la autorización de un acta de mera percepción donde el notario ve que el rogante remite por correo la carta que transcribe en el acta, pero sin dejar constancia en ella de la intervención notarial.

Es necesario diferenciar estas actas que pueden tener contenido requisitorio, de aquellas de requerimiento que utilizan la remisión por correo para cumplimentar la diligencia de notificación al destinatario.

La rogación en las actas de remisión por correo propiamente dichas sólo puede ser efectuada por el remitente, pero no es preciso identificar, ni emitir juicio de capacidad del rogante, pueden ser interesadas por mandatario verbal, e incluso, según opinión difundida en la doctrina española, si en el propio texto de la carta se dice que se envía por conducto notarial es innecesaria la comparecencia del rogante ante notario. El notario deberá examinar su competencia; sin embargo, en estos casos será competente siempre que la oficina de correos se encuentre en ese ámbito, se dirija la carta o paquete postal a cualquier parte, pues en el lugar de destino no se practicará ninguna diligencia notarial. Estas actas no tienen unidad de acto, generalmente se estructuran en tres momentos: rogación, remisión por correo, y recepción del acuse de recibo; razón por la cual tampoco tienen unidad de contexto, sino que el texto aparece redactado en diligencias sucesivas. El destinatario de la carta no tiene derecho de contestación en la

propia acta de remisión, pues aunque esta tuviera un contenido requisitorio, el procedimiento notarial seguido es no idóneo para contestar el requerimiento practicado de tal forma.

Es así, que nunca podrá practicarse un requerimiento notarial a través de una remisión por correo, pero un acta de remisión por correo de contenido requisitorio probará –eso si- que el destinatario - con la recepción- ha llegado a obtener un conocimiento de la situación con las consecuencias que ya se han dejado dicho *up supra* y de hecho se habrá logrado el fin que las actas de notificación o requerimiento pretenden.

9.4.4. Actas de protocolización

Las actas de protocolización de documentos (vid. artículos 85, inciso ch), y 96 al 98 del Reglamento notarial) son incluidas entre las actas que documentan un hecho propio del notario, porque protocolizar es incorporar, pasar a formar parte del protocolo de un notario, y ese hecho, únicamente el notario, responsable por ley de la integridad y custodia de los protocolos, puede efectuarlo válidamente.

Puede afirmarse –entonces- que las actas de protocolización recogen el hecho por el que el notario incorpora un documento al protocolo bajo número de protocolo propio y que le corresponda por el orden de autorización. Importa hacer esta salvedad, porque la incorporación al protocolo puede alcanzarse por otras vías llamadas indirectas y que tienen que ver con los documentos que se anexan a las matrices de otras actas o escrituras autorizadas por notario, como por ejemplo, fotografías, planos, autorizaciones, etcétera.

La protocolización de un documento privado no lo convierte en público; sin embargo, lo somete a la denominada seguridad protocolar, a todas las normas y regulaciones que afectan para su conservación y custodia a las matrices que conforman el mismo. A consecuencia de la protocolización el documento original no saldrá nunca más del protocolo notarial a que se somete y será representado en lo adelante con copia autorizada por notario de dicha acta con expresión literal de su contenido.

Generalmente las protocolizaciones son utilizadas por la legislación procesal interna en expedientes judiciales de jurisdicción voluntaria, o administrativos, se exige en algunos casos para documentos expedidos en el extranjero (vid. artículos 97 y 98 del Reglamento notarial), y pueden hacerse espontáneamente para evitar el extravío del documento, o dar autenticidad a su fecha por incorporación a registro público en el día que acredita suficientemente el acta (vid. artículo 96 del Reglamento notarial).

9.4.5. Actas de depósito

Este tipo de acta se agrupa entre aquellas que documentan un hecho del notario. El hecho en cuestión –en las actas de depósito- es la recepción del documento, el

dinero, o el objeto, que se custodiará, guardará, conservará y devolverá en su momento por el notario a la persona designada en el acta (vid. artículo 85, inciso d), del Reglamento notarial) .

La doctrina española¹⁶ -en general- entiende que la de depósito es un acta – documentalmente hablando- sólo porque la legislación notarial española así lo dispone; pero, que indiscutiblemente su expresión documental –como contrato que es y contiene- debía ser una escritura.

No obstante, esta idea no resulta criterio unánime. Rodríguez Adrados¹⁷, por ejemplo, explica la posición del Reglamento notarial español de la siguiente forma:

“Hay que tener en cuenta que el depósito es un contrato real, que se constituye desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla (...) y que salvo pacto en contrario, es un contrato gratuito y por tanto unilateral, del que no surgen obligaciones para el depositante. No parece absurdo, en consecuencia, que la documentación se contraiga solamente al hecho de la recepción de una cosa en depósito –y por tanto en un acta y no en una escritura- puesto que de este hecho derivan las dos obligaciones fundamentales del depositario, la de guardarla, y la de restituirla (...)”

El argumento a favor de la formalización en acta del depósito ante notario, que esgrime Rodríguez Adrados, resulta válido –incluso- para aquellas legislaciones que conforman el contrato de depósito como consensual, oneroso o gratuito¹⁸, porque en un contrato consensual de depósito, si la entrega del mueble objeto del mismo no llegara a realizarse, se extinguirían las obligaciones generadas para las partes –si es oneroso- por imposibilidad en la ejecución del pacto. De tal manera, la recepción de la cosa a custodiar por el depositario viene a ser un hecho dentro de la relación obligatoria perfecta de depósito que abre la posibilidad de ejecución de la misma al depositario, único obligado en caso de ser el contrato de custodia gratuito.

El acta de depósito notarial documenta la entrega del mueble objeto de custodia al depositante; con ello, puede que se perfeccione el contrato de depósito o puede que simplemente exprese la materialización documental de una de las obligaciones contraídas por el depositario, según se reconozca o no por la legislación interna el carácter real del contrato de depósito.

¹⁶ Me refiero a voces autorizadas como Sanahuja, Tratado de Derecho Notarial, González Palomino, J., Negocio jurídico y documento, Cámara Alvarez, Manuel, El notario latino y su función, Giménez-Arnau, Enrique, Derecho Notarial.

¹⁷ Rodríguez Adrados, A., Cuestiones técnicas en..., cit., p. 191.

¹⁸ Es el caso del Código Civil cubano por ejemplo: artículo 423: “Por el contrato de depósito una persona se obliga, onerosa o gratuitamente, a recibir, guardar, custodiar, conservar y devolver, un bien mueble que le confía el depositante”.

Lo que resulta de recibo para cualquier interpretación es que el notario no podrá conformar en acta de depósito un contrato de tal tipo en que reciba remuneración por la custodia. Tal contrato será lícito, pero no podrá ser documentado por el propio notario; si no, por otro, a vista de la inhabilitación para actuar como dador de fe que surge a partir de su interés en el asunto.

La competencia notarial sobre estos asuntos de depósito manifiesta un carácter eminentemente voluntario. Las legislaciones notariales que reconocen esta posibilidad conceden la facultad notarial de establecer condiciones al depositante, que asume éstas como actos propios, no como obligaciones nacidas del contrato de depósito; y, no pueden consistir –como ya de ha dejado dicho– en remuneración u otros derechos a favor del notario que autoriza el acta (cfr. artículo 100, inciso a), del Reglamento notarial).

Otra cuestión que salta a la vista en las actas de depósito es la finalidad que persigue el depositante con la actuación notarial que solicita. Generalmente, las legislaciones notariales latinas le atribuyen consecuencias jurídicas de garantía o de custodia, aunque evidentemente, y en la mayoría de los casos, lo que se persigue son unos determinados efectos documentales referidos a asegurar frente a terceros la existencia e identidad de la cosa depositada en la fecha de constitución del depósito, de su conservación y devolución (vid. artículos 85, inciso d) y 100, incisos b) y c) del Reglamento notarial).

En los casos de depósitos en garantía de contratos, el notario se cuidará de autorizar otros que no se refieran a obligaciones surgidas de escrituras públicas otorgadas ante él, porque luego se verá en una disyuntiva sobre a quien entregar la cosa si no conoce a fondo el contrato que se garantiza.

La obligación de conservación que asume el notario depositario se traduce en esa esfera con más rigor en el caso de depósito de letras de cambio o títulos valores, en los que tendrá la obligación de impedir que se perjudiquen, asumiendo así las gestiones y gastos de protesto en su caso.

Otra de las obligaciones del notario será la devolución del depósito (cfr. artículo 100, inciso c), del Reglamento notarial). Si se ha convenido una condición para la entrega ésta deberá ser suficientemente acreditada ante el notario, lo que es muy típico en aquellos depósitos constituidos en garantía de obligaciones.

En cuanto a los aspectos documentales del acta de depósito es preciso insistir en que ella tendrá un único texto en el que se consignarán las condiciones impuestas por el notario para la constitución y devolución del depósito, pudiendo éste fijar plazos y límites para la custodia, se identificará detalladamente el objeto depositado y –en cuanto a su devolución– se redactará en diligencia al margen de la matriz del acta de depósito, firmada por el notario, el depositante, o por quien ostente su representación legal o voluntaria, sus causahabientes y por dos testigos. En la propia acta de depósito el notario deberá advertir al solicitante que –si así lo considera conveniente –, para la seguridad y conservación del

depósito, transferirá su custodia a una agencia bancaria contratando a su nombre caja de seguridad al efecto (cfr. artículo 100 del Reglamento notarial).

El rogante del acta será identificado, al igual que el tercero, que deberá comparecer en los casos de depósitos constituidos bajo condición convenida con él. El notario, que no es parte, intervendrá como fedatario del acta solamente, aceptando la rogación que se le hace y documentando el hecho de la recepción en las condiciones acordadas.

Por último, en cuanto a la devolución, ésta será posible por nota escrita al margen de la matriz del acta en los casos en que se entienda con la misma persona del depositante o con quien se haya previsto especialmente en el acta de depósito; sin embargo, si el hecho de la devolución se complica porque debe entenderse con personas representantes legales o voluntarias del destinatario final del depósito, o sus causahabientes y dos testigos será preciso diligenciarla independientemente en el acta de depósito, o en acta posterior con mutua referencia entre ellas (cfr. artículo 100, inciso c) del Reglamento notarial).

9.4.6. Actas de calificaciones jurídicas

Así se denominan a aquellas actas que contienen esencialmente un juicio que el notario forma y emite acerca de la notoriedad del hecho, teniendo como precedente otras actuaciones, que se identifican con otros tipos de actas (percepciones, hechos del notario, manifestaciones).

Dentro de las actas de calificaciones jurídicas la más importante resulta el acta de notoriedad (vid. artículos 85, inciso e) y 103 y 104 del Reglamento notarial) y por tal razón, a su tratamiento se dedican los comentarios siguientes.

El juicio notarial acerca de la notoriedad del hecho puede formarse a partir de una serie de elementos probatorios y de diligencias notariales dirigidas unas, a probar el hecho y otras, a que el notario forme su juicio de notoriedad. En ocasiones este juicio de notoriedad es autónomo porque no existen otras pruebas del hecho en sí, salvo que tal hecho es público y conocido por todos.

La notoriedad es –entonces- una cualidad en razón de la cual un hecho no necesita ser probado por ser de público conocimiento en un determinado círculo territorial o de personas. El acta de notoriedad persigue como fin salvar los límites del carácter notorio del hecho y convertirlo, en virtud del reconocimiento notarial, en conocido por todos, en hecho público para la generalidad.

Como actas de notoriedad se tramitan dentro del notariado latino las actas de declaración de herederos ab intestato (vid. artículos 85, inciso i) y 106 al 115 del Reglamento notarial y las de información para perpetua memoria (actas de jurisdicción voluntaria, conforme con los artículos 85, inciso j) y 117 del Reglamento notarial). Se encuentran –además- en esta clasificación las actas de subsanación de errores en documentos notariales (vid. artículos, 48, 49, 50, 85, inciso g) y 105 del Reglamento notarial). En ellas se hará constar el error, su

causa y la declaración que lo subsane. Este error, omisión o defecto deberá ser comprobado por los medios que el notario exija (notario autorizante del documento que se subsana u otro que lo sustituya) quien emitirá su juicio acerca de tal subsanación, esencia misma de la actuación notarial en estos casos.

Mención aparte requiere los llamados certificados notariales que nacen a partir de las actas de notoriedad y se desgajan de ellas ganando independencia formal en algunas legislaciones del notariado latino. En estos documentos notariales se trata de hechos cuya certeza le consta al notario de ciencia propia por lo que responderá en caso de falsedad en sus afirmaciones. Entre ellos, las certificaciones de vigencia de leyes nacionales (vid. artículos 121, inciso ch) y 127 del Reglamento notarial) las legalizaciones de firmas que el notario conoce (vid. artículos 121, inciso b) y 124 y 125 del Reglamento notarial) testimonios por exhibición (vid. artículo 121, inciso a), del Reglamento notarial), certificación notarial de traducciones (vid. artículo 121, inciso c), del Reglamento notarial), y otras según la legislación notarial del país que sea (vid. artículo 121, inciso e), del Reglamento notarial).

Hasta aquí el panorama sobre las particularidades de cada una de las actas clasificadas en el esquema general.

9.5. Valor probatorio judicial y extrajudicial de las actas notariales

La eficacia probatoria concedida al instrumento público en general, puede ser diversa, según se admita una presunción *iuris et de iure* de exactitud de cuanto afirma el notario, o meramente una presunción *iuris tantum* susceptible de prueba en contrario.

En este último sistema existe una gradación que va desde establecer límites a posibilidad de impugnación o revisión judicial del acto autenticado, hasta conceder al juzgador la facultad de apreciación libre de la eficacia probatoria del instrumento público en su concurrencia con los demás medios de prueba admitidos en Derecho, lo que no significa que la apreciación judicial pueda desentenderse de los efectos de eficacia que la ley concede y asocia a los documentos públicos solemnemente autorizados por notario.

El instrumento público considerado en sí mismo tiene pleno valor y eficacia inter partes y frente a terceros, porque la intervención notarial con el consiguiente apego y cumplimiento de la legalidad crea –en consecuencia– la certeza que legitima el documento como expresión de un hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica en el caso de las actas.

Así, la fuerza probatoria del instrumento público ampara las declaraciones y afirmaciones que proceden del propio notario respecto de los hechos que puede y debe comprobar con sus propios sentidos, no a los hechos que relata por el dicho de los comparecientes. Esta fuerza probatoria del documento autorizado por notario se extiende a:

La intervención notarial.

La audiencia notarial entendida como presencia inmediata frente a notario de los comparecientes al acto en sentido general, incluyendo a los testigos, traductores, etc.

Tiempo y lugar de autorización del documento.

Las circunstancias relativas al acto o hecho que se documenta siempre que constituyan manifestaciones de realidad presenciadas por el fedatario.

En el caso de las calificaciones hechas por el notario, no pueden ser incluidas en el mismo rango de efectividad probatoria. Estas entrañan una mera presunción *iuris tantum* en la esfera de legalidad del acto notariado y pueden ser impugnadas por el ejercicio de una acción de nulidad. Entre las calificaciones notariales más comunes se encuentran: la capacidad jurídica de las partes, la identidad, la calificación técnica del acto, la legalidad del acto y el juicio de suficiencia en la comprobación del hecho notorio.

Las actas en sí mismas son consideradas como medios de prueba con las particularidades dichas, pero en ocasiones implican la conservación de derechos para el solicitante, como por ejemplo, interrumpen la prescripción de acciones, pueden colocar a un deudor en mora, pueden hacer que se efectúe el efecto compensatorio, que se extinga una obligación, etc. Son –además– modos de ejercicio de los derechos en la esfera extrajudicial, mediante ellas pueden ejecutarse un sinfín de derechos como el tanteo y retracto legal, la opción, la resolución, la revocación del mandato, la renuncia del mandatario, la rescisión unilateral de un contrato, las denuncias que abren al notificado un plazo preclusivo, los ofrecimientos de pago, o las actas de cancelaciones registrales, etcétera.

10. Las actas notariales en la Ley de las Notarías Estatales y su Reglamento. Algunas consideraciones de los Dictámenes de la Dirección de Registros y Notarías al respecto.

El artículo 10 de la Ley de las Notarías Estatales establece la competencia notarial en materia de actas –esencialmente– en el inciso b). Luego independientemente refrenda la autorización notarial de actas de diferentes tipos como las de jurisdicción voluntaria y sucesorios de declaratoria de herederos en el inciso c), de protestos, requerimientos, notificaciones y legalizaciones en el e), de protocolización en el f), de depósito en el g), de vigencia de leyes en el h), de existencia de personas y objetos en el i), de testimonio por exhibición en el k), y de subsanación en el m). Luego, el artículo 13 de la propia Ley ofrece un concepto de actas por el cual puede decirse que las actas son aquellos documentos públicos que redacta y autoriza el notario en que se hacen constar hechos, actos o circunstancias, que por su naturaleza no constituyen acto jurídico y pudiera agregarse que pueden ser protocolizables o no. Este agregado puede ofrecerse en el sentido de considerar también como actas aquellos otros documentos notariales que el Reglamento de la Ley ordena en su sección séptima, con características muy propias.

La clasificación que ofrece la normativa cubana a las actas no difiere mucho de la teórica que más arriba se detalló, solo que las especificidades marcan la clasificación del Reglamento de la Ley de las Notarías (cfr. artículo 85) que las ordena como: de protesto, de presencia, de referencia, de protocolización, de depósito, de notoriedad, de requerimiento, de subsanación de errores, de jurisdicción voluntaria, de declaratoria de herederos y las demás que se establezcan.

Era totalmente necesario para que el legislador pudiera referirse a las formas de tramitación notarial de cada una de ellas, hacer este tipo de clasificación de las actas por el contenido específico de rogación que se le hace al notario. Creo que solo es un asunto de sistemática normativa, nada más. No existen esenciales contradicciones con la teoría expuesta, quizás solo hacer una acotación referida a la estructura de las actas. Se ha dicho que constan todas ellas de rogación, compuesta según el Reglamento de la Ley por encabezamiento y comparecencia y comprobación de los hechos, que en la traducción normativa corresponderá a las partes expositiva y dispositiva de las mismas.

Últimamente las actas más relevantes en el actuar notarial lo constituyen las de subsanación, precisamente por la labor de actualización del Registro de la Propiedad Inmobiliaria que el Ministerio de Justicia se ha propuesto en estos años, y por ello he de referirme a ella con algún detalle.

10.1. Actas de subsanación de error u omisión¹⁹

El acta de subsanación de error u omisión, contemplada en la Ley de las Notarías Estatales en su artículo 10, inciso m) y desarrolladas por el Reglamento en sus artículos 48, 49, 50, 85, inciso g) y 105, así como en disposiciones emanadas de la Dirección de Registros Cíviles y Notarías del Ministerio de Justicia, básicamente el Dictamen 1 de 18 de enero del 2002, Instrucción 6 de 16 de octubre del 2003 y Circular Conjunta 1 de 25 de mayo del 2004 de la propia Dirección y de la Dirección Jurídica del Instituto Nacional de la Vivienda, son las disposiciones normativas y directivas a que se dedicará la siguiente exposición.

El Reglamento de la Ley conceptúa el acta de subsanación como aquella encaminada a acreditar la existencia de errores u omisiones de que padece el documento notarial y la forma en que estos han quedado subsanados.

En cuanto a la valoración de la aplicación de los Principios que informan el Derecho Notarial, en este tipo de actas se explica lo siguiente:

Principio de la forma: En el ámbito del instrumento público, este principio se expresa en la conformación misma del documento, en atención a la estructura

¹⁹ Es una colaboración redactada en toda su extensión por un equipo de Especialistas de la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia, Licenciadas Mildred Rodríguez Hondares, Odette Delquis Fernández Dieguez, Elsa María Puentes González, Glenda Leiva Santos, y Zussel Acuña Oliva.

técnica para él concebida tanto doctrinal como normativamente. Constituye la construcción formal, jurídicamente válida para el documento público de que se trate, ya sea escrituras, actas o cualquier otro documento autorizado por el notario. Se desdobra en formas de ser (principio de Instrumento Forma) y formas de valer, (principio de prueba preconstituida).

En este sentido, el acta de subsanación cuenta con una técnica propia desarrollada a partir de un condicionamiento técnico-doctrinal, según el tipo de actas dentro del cual se ubican un conjunto de normas jurídicas que, en última instancia, determinarán la estructura formal de ellas.

Así, en el Reglamento de la Ley de las Notarías en sus artículos 80 y siguientes se define la conformación técnica de las actas en sentido general, con expresión clara del contenido de cada parte del instrumento, conformación de estricta observancia por parte del notario a la hora de autorizar el acta de subsanación para que ésta pueda nacer de forma válida y conservar su plena eficacia en el tráfico jurídico.

Principio de escritura: Supone la plasmación, por vía de la escritura, de una realidad determinada, con relevancia jurídica. Su elemento material, según nuestro ordenamiento actual, va a ser el soporte papel y el documento notarial, el recipiente o soporte en el que se vierte esa realidad, teniendo al notario como el autor, redactor de dicho documento.

Así, mediante la escritura, se autentica y prueba la verdad oficial, se garantiza la permanencia del acto o negocio jurídico documentado, generando finalmente garantía y seguridad para el tráfico jurídico.

La expresión normativa de este principio se encuentra en los artículos 32, 33 y 34 del Reglamento, los que van a impactar, obviamente, en las actas de subsanación, las que serán autorizadas por el notario con arreglo a estas mismas prescripciones legales.

Principio de intermediación: Parte de la realización de un requerimiento previo por parte de una persona a cuya rogación actúa el notario.

Al mismo tiempo, este principio se va a transformar, en el caso de las actas de subsanación, en la conformación de un criterio o juicio propio por parte del notario, respecto de la existencia del error o la omisión en el documento a él presentado, la valoración activa de los medios jurídicamente válidos aportados, para probar tal extremo y la forma en que finalmente quedará subsanado el instrumento público. Actos, todos, no sólo ocurridos en presencia del notario, sino y lo que es más característicos en estas actas, ejercitados por él como sujeto activo. La declaración de subsanación que realiza el notario, no debe entenderse como una declaración de voluntad de éste, es la expresión de un juicio que emite el funcionario fedante.

Retomando el tema de la rogación, como presupuesto para la actuación del notario, debe aclararse que esta no sólo ha de ser previa, sino que de igual forma, deberá ser entendida como un requerimiento idóneo y lícito, formulado por persona legitimada, para constituir presupuesto válido y cierto del desempeño ulterior del notario encaminado a la autorización del acta.

En este sentido, se aprecia cierta contradicción normativa dentro del propio texto del Reglamento, que se traduce en contradicción práctica en cuanto a la identificación de la persona legitimada para solicitar, instar o requerir al notario respecto a la subsanación de un instrumento público notarial.

Así, el artículo 48 del Reglamento prevé que la rogación del acta deberá ser realizada por la parte interesada, a quien le corresponderá la presentación de las pruebas admitidas en Derecho. Por su parte, el artículo 50 considera partes interesadas para solicitar la subsanación del error u omisión, las que de conformidad con el Reglamento tengan derecho a obtener copias del documento notarial. Clara remisión al artículo 130 de la propia norma, disposición que presenta relativa amplitud en cuanto a su objeto normativo.

Sin embargo, el artículo 105 del Reglamento, establece que el acta de subsanación de error u omisión se autorizará con la intervención de los mismos comparecientes o sus representantes o causahabientes, salvo que lo que se subsane interese solamente a uno de los comparecientes y siempre que no se causen perjuicios a terceros.

Aquí ya el legislador limita la concepción de parte legitimada para el requerimiento notarial de estas actas.

Los criterios en torno al tema son múltiples y se han sostenido posiciones diversas para proceder a la autorización de un acta en concreto, a partir de la apreciación indistinta de uno u otro precepto.

Particularmente, se aprecia contradicción, toda vez que aún y cuando el verbo rector de cada artículo varía (solicitar y autorizar) y el contenido jurídico de cada uno, incuestionablemente, difiere, puede entenderse que no existe razón lógica para legitimar a una persona a solicitar algo que finalmente no podrá obtener de manera directa o inmediata, sino mediante la intervención de otro sujeto con legitimación activa, similar a la suya pero nacida de otro precepto.

Válido acotar, antes de concluir esta parte, que el requerimiento no tiene que realizarse al mismo notario autorizante del documento cuya subsanación se pretende, previendo el Reglamento, en su artículo 105, párrafo segundo, el tratamiento particular para el supuesto.

Principio de notoriedad: Según doctrina más autorizada, es el fundamento del poder legitimante de la apreciación notarial emitida en forma de declaración de suficiencia probatoria sobre el hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica

que se le somete a la consideración del notario. Extremos que han sido suficientemente probados y comprobados por él.

En las actas de subsanación se objetivizan los juicios que emite el notario a través de la justa valoración de los documentos idóneos aportados para proceder a la subsanación del instrumento.

En este sentido se advierte el contenido de las supramencionadas disposiciones de la Dirección de Registros Civile y Notarías, los cuales van a delimitar los documentos técnicos idóneos para proceder a la autorización del acta de subsanación, cuando se trate de un documento donde se instrumenten derechos dominicos en materia inmobiliaria (vid. Apartado segundo del Dictamen 1, y Apartado quinto de la Circular Conjunta), debiendo en virtud del primero dejar unido a la matriz del acta los documentos presentados al notario, ejemplo de la incorporación por vía indirecta de documentos al protocolo, por mandato de ley.

De lo anterior se colige que la autorización del acta de subsanación, a partir de la apreciación de documentos distintos a los advertidos en las anteriores normas, ha de ser entendida como insuficiencia técnica del notario y como una alteración al principio de notoriedad en el acta en concreto, comprometiendo a la larga, su validez como medio de prueba idónea, respecto al hecho documentado.

Principio de unidad de acto: Según él, todas las fases de la actividad notarial, concomitantes a la autorización del acto se concretan en un mismo espacio de tiempo y lugar, en observancia a las formalidades previstas para la solemnización del mismo. En materia de actas se presentan como excepción al principio, aquellas que han de perfeccionarse mediante la práctica, por parte del notario de diligencias sucesivas. Criterios que pudieran ser discutidos, pues aquí pudiera apreciarse unidad de acto en cada momento o diligencia concreta que se realiza, sólo que la perfección o eficacia jurídica se alcanzará mediante la acumulación de todos aquellos actos o diligencias sucesivas.

Ahora bien, el acta de subsanación de error u omisión, por regla, se practica y agota por el notario en un solo acto, por lo que la controversia teórica acotada con anterioridad no se ha de manifestar en ellas.

Principio de matricidad y protocolo: Los documentos originales y sus agregados conforman en su totalidad el protocolo notarial. Así lo prevé y reconoce el artículo 21 de nuestra ley notarial. Sin embargo, el artículo 141 del Reglamento acota o precisa esta disposición, circunscribiéndolas a las escrituras, actas y demás documentos agregados a las mismas, autorizados por el notario, excluyendo de este principio a los documentos notariales que versan sobre la existencia de documentos u objetos exhibidos ante el notario, legitimación de libros, firmas o documentos, traducciones, en fin.

La subsanación de error, como acta reconocida expresamente en la norma, va a ser sometida a las reglas del principio de matricidad o protocolo, a saber, su perpetuidad en el tiempo dentro del tomo notarial que integra, su ordenación

atendiendo al orden ascendente de numeración, en correspondencia con la fecha de autorización, la foliación de sus hojas matrices, así como de sus agregados, como elemento típico en ellas la consignación al margen de la comunicación remitida al notario autorizante del documento subsanado, etcétera.

Principio testimonial: Conforme con este principio, el notario prestará su testimonio respecto a hechos, actos o circunstancias que percibe por vía documental o por la ocurrencia de estos en su presencia. Son los denominados testimonios notariales. En nuestro ordenamiento alcanza su máximo acierto en los documentos no protocolizables, definidos como, otros documentos notariales (cfr. artículo 13, inciso c) de la Ley y artículo 121 del Reglamento).

Para el tipo de actas objeto de nuestro estudio, adecuamos el contenido de este principio a la validación, mediante el reconocimiento del notario del error u omisión y su consiguiente subsanación mediante el juicio emitido por él.

Principio de legalidad:: El notario, como autor del instrumento público debe velar por la absoluta legalidad del acto que ante él se documenta, ajustando la pretensión de quién ante él comparece a las reglas normativas que resulten de aplicación al caso concreto sometido a su consideración.

En el acta de subsanación, puede entenderse este principio como la abstención del actuar notarial cuando la pretensión sea contraria a la ley, sólo en apariencia o ineficaz, cuando el hecho, acto o circunstancia lleve aparejado la autorización de otro tipo de documento notarial, ejemplo de esto último podría ser, en la propia materia inmobiliaria a la que incesantemente se vuelve por ser la que más autorización de esta naturaleza genera, la validación, mediante una subsanación de actos tales como la remodelación o ampliación de viviendas, sujetos a una regulación jurídica propia.

Puede agregarse igualmente el deber- derecho de abstenerse cuando el error o la omisión de los que supuestamente adolece el instrumento a él presentado, no le resulta probado mediante los medios idóneos, no los considera como tal o simplemente comprometen el aspecto formal especialmente protegido por el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales o el contenido esencial del documento o se generan perjuicios a terceras personas, en cuyo caso, es preciso insistir, deberá abstenerse de actuar, advirtiendo a los requirentes sus consideraciones éticas y técnicas.

Principio del consentimiento: El notario, como sujeto activo dentro de las actas en general y de la subsanación en particular, no requiere del consentimiento de los comparecientes. De ahí, que en la estructura lógico- formal reconocida en el Reglamento, ellas carezcan de otorgamiento.

El requerimiento, tal y como se dejó dicho anteriormente ha de constituir en presupuesto necesario por su actuación pero tan sólo eso.

La identificación del error u omisión, las valoraciones técnicas relativas a este hecho y la forma de probar fehacientemente su existencia y trascendencia, así como el pronunciamiento jurídico final reestableciendo la exactitud e integridad del contenido del instrumento subsanado, competen en exclusivo al notario y son actos a ejercitar por él.

Principio de representación instrumental: Mediante las copias, el acto, hecho o circunstancia instrumentado por el notario va a trascender al marco secreto del protocolo, garantizando el tráfico jurídico del acto documentado.

Al ser el acta, objeto de análisis, uno de los documentos de obligatoria incorporación al protocolo notarial, es evidente la incidencia de este principio en ellas, trascendiendo a la vida jurídica externa, mediante la correspondiente copia expedida, expedida conforme con las formalidades previstas, por funcionario fedante legitimado, ya sea mediante la reproducción literal o parcial del original obrante en el protocolo.

Estas copias, respecto al instrumento que subsanan tienen la particularidad, así concebidas por el ya citado Dictamen de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia de que cuando se trate de documentos títulos lo acompañarán para la consecución de toda clase de actos pretendidos por el titular, advertencia que deberá realizar el notario por mandato de la propia norma, en la parte expositiva del acta.

Principio declarativo de hechos y derechos: Las actas de subsanación de error u omisión, conllevan en sí la declaración de hechos, hartamente señalados en esta exposición, que le van a resultar probados al notario mediante la consideración y apreciación de documentos acreditativos de errores u omisiones. Esta acta va a legitimar todos los particulares sometidos a subsanación, en la manera que se pronuncie el notario, convirtiéndose en prueba frente a terceros, respecto de las propias partes y personas para quién se desprenda un interés legítimo en general.

Es dable destacar la eficacia jurídica que despliega esta acta en el campo registral, tal y como explicábamos en el principio anterior, ella accede al registro con su contenido subsanador, el que queda protegido por una presunción de veracidad que sólo podrá ser destruida mediante prueba en contrario.

10.1.1. Función asesora e imparcialidad del notario en sede de actas de subsanación de error u omisión

La función asesora del notario le viene impuesta, en nuestra ley notarial en su artículo 10, inciso II), el precepto mandata al asesoramiento a las personas naturales o jurídicas que requieran los servicios del notario, debiendo instruirlos sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate.

No obstante, esta función subsiste con independencia del reconocimiento normativo. No se concibe el ejercicio de esta función divorciado de la labor asesora del notario, encargado de la dación de fe, de la autenticación del hecho o negocio por él documentado, del control de la legalidad y de la solemnización del acto y como profesional del Derecho, en definitiva.

Esta función va a estar marcada por el deber de imparcialidad, que siempre ha de distinguir el desempeño profesional del notario y que va a constituir límite cierto de la función asesora.

Tanto la función asesora, como el deber de imparcialidad, revisten caracteres propios en materia de actas notariales y más específicamente en el acta de subsanación.

El asesoramiento aquí, comienza, en muchos casos por orientar al cliente respecto a la utilización de esta acta como medio de solucionar el defecto de que adolece el documento en el que se fundan derechos por él adquiridos. Debemos tener en cuenta que en una gran mayoría de casos, las personas que nos requieren no son profesionales del Derecho y menos aún especialistas en la técnica notarial y que muchas veces la detección del error u omisión ni siquiera obedece a su percepción propia, sino a la orientación técnica de un tercero que pudiera ser otro operador del Derecho.

A continuación se identifican el o los errores u omisiones que afectan al instrumento presentado y en atención a las disposiciones especiales vigentes para cada materia, orientar la obtención de los documentos que resultaran válidos para probar el defecto. Por citar sólo un ejemplo, la inclusión, en un Título dominico de medidas y linderos deberá hacerse mediante Resolución fundada emitida por la Dirección Municipal de Vivienda correspondiente, tal y como dispone el Apartado quinto de la Circular conjunta N° 1/2004.

No sería desacertado que el notario, de resultar posible, intercambiara con aquel que autorizó el documento a subsanar, para conocer los detalles con mayor precisión y poder desarrollar su labor, contando con un conocimiento más amplio del asunto, todo esto, por supuesto, desde un plano de absoluto respeto profesional.

Otro aspecto a observar por el notario, es la instrucción a los requirentes respecto al alcance jurídico del hecho instrumentado, por ejemplo la advertencia dispuesta en el Dictamen 1/2002, ya acotada.

Dentro del mundo de las actas, la subsanación, ha sido matizada en nuestra práctica jurídica porque la finalidad perseguida por los requirentes, generalmente, no es la preparación previa de actos contenciosos, no obstante el notario deberá actuar con absoluta imparcialidad, orientando, asesorando, advirtiendo, emitiendo su juicio técnico desde un plano de independencia y libertad de actuación, deberá ajustarse a lo que la ley y los reglamentos tienen

concebidos para el caso en concreto, relacionándose, así con el principio del control de la legalidad.

10.1.2. Estructura documental de las actas de subsanación de error u omisión. Tipo y características

La estructura documental del Acta de Subsanación de Error u Omisión responde, como las de su género, al hecho de que no contiene un acto jurídico y por tanto, el propio requerimiento que se le hace al notario no forma el consentimiento, en tanto no se crea, modifica o extingue una relación jurídica, sino que es el mero impulsor para la declaración notarial de subsanación, de ahí que adolezca de otorgamiento.

Dicho documento notarial contará pues con la estructura estipulada en el ya citado artículo 80 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, a saber, encabezamiento, comparecencia, parte expositiva, parte dispositiva y autorización.

El acta que nos ocupa excluye la forma de redacción siguiendo el procedimiento de Doble Acta o de Acta única con Diligencias Sucesivas, pues ella, en sí misma, no supone la práctica de diligencias posteriores a la rogación, su contenido se desarrolla y agota, íntegramente, en la autorización del documento notarial.

Doctrinalmente, se clasifican como Actas de Calificaciones Jurídicas efectuadas por el notario. El fundamento jurídico de esta afirmación ya la hemos ido analizando en este trabajo, por lo que, sintetizando, podemos decir que en el Acta de Subsanación, el notario valora todos los medios probatorios puestos a su alcance para apreciar el defecto en el documento notarial que se pretende enmendar, con vistas a la formación de su propio juicio, el cual se materializará, en el acto documentado, con la declaración subsanatoria.

En estas actas, reiteramos, la rogación funciona como presupuesto de legitimación para la actuación notarial y se limita a poner en manos del notario los instrumentos necesarios para la probanza del error, la omisión o el defecto de forma, en sentido general y a partir de ella es el fedatario quién, sin emitir o considerar en el documento una declaración de voluntad, manifiesta que ha quedado superado o enmendado el defecto en general.

Nuestra norma reglamentaria, en su artículo 85, intenta clasificar las actas notariales, pensamos que no lo logra completamente si se tiene en consideración que las clasificaciones responden a la idea de aunar en un tipo de instituciones o figuras jurídicas distintas sobre la base de un criterio, una similitud o aspecto determinado.

De la formulación del precepto pudiera apreciarse, en ocasiones, una simple enumeración de tipo de ellas, sin embargo, no se ajusta a la clasificación doctrinal y por tanto, el acta de subsanación de errores u omisiones se presenta como un tipo distinto que, a la letra del inciso g) del artículo 85, no pertenece al

mismo género en que se encuadra el Acta de notoriedad, que doctrinalmente se ubica, igualmente, en las actas de calificación jurídica.

Siguiendo el análisis de estas actas, desde el punto de vista de su regulación técnico- normativa, queremos realizar algunas reflexiones que nos ayudarán a entender las características de la misma en la norma que la regla.

El Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, dedica la sección tercera del Capítulo II, a normar la subsanación de errores u omisiones en el documento notarial. Los artículos 85 y 105 de la propia disposición, por su parte, también se dedican al tema.

El artículo 48 de dicho Reglamento, establece los presupuestos legales para efectuar la subsanación, a saber, que la enmienda se haga mediante acta, siempre y cuando no constituyan causales de nulidad o afecten derechos de terceros, requiriéndose, para ello, la presentación, por la parte interesada, de las pruebas admitidas en derecho, pruebas que generalmente, se circunscribirán a las documentales, en correspondencia con los planteamientos hasta aquí expuestos.

Llegados a este punto, consideramos atinado esbozar las principales características que identifican las Actas de Subsanción de Error u Omisión, atendiendo al tipo dentro del cual quedan comprendidas. Su ámbito de acción recae sobre documentos notariales intervivos. Doctrinalmente, subsana errores materiales, omisiones y los defectos de forma. Nuestra legislación sólo refiere errores u omisiones. Es un documento notarial complementario. Nace después de la firma del documento notarial. Doctrinalmente la subsanación puede realizarse por diligencias en la propia escritura o por medio de acta notarial, posición, ésta última, acogida por nuestro legislador. Se requiere la utilización de medios de comprobación. Contiene una declaración subsanatoria que es expresión del juicio del notario.

10.1.3. Principio de instrumento forma y prueba preconstituída en las actas de subsanación de error u omisión y extremos que prueban

Algunos autores, a partir de Jeremías Bentham, denominaron al instrumento público dentro de la categoría de prueba documental como prueba preconstituída, esencialmente, porque a diferencia de otros medios de prueba que se producen en el proceso, el documento es anterior a él y refleja sucesos acaecidos con anterioridad al juicio.

Para la eficaz constitución como instrumento forma de un acta de Subsanción, tal y como apuntábamos anteriormente, su redacción y consiguiente autorización deberá realizarse en correspondencia con la estructura formal reglada para estos documentos, ajustándose al contenido típico atribuido por ley a ellos y atendiendo a las formalidades procesales previstas para su autorización propiamente.

Al cumplimentarse estos presupuestos se imprimirá al documento, que surge para la vida jurídica, de veracidad, credibilidad y autenticidad, constituyéndose en prueba preconstituida respecto a los hechos que se instrumentan en él, prueba preconstituida para preparar futuras contiendas o simplemente para evitar litis.

El error o la omisión en un documento público notarial son particulares o hechos que existen material y objetivamente, su existencia puede ser percibida y constatada con la sola comparación de la realidad física y la documental y puede lograr por se desarrollar una limitada esfera de efectos. Pero, mientras no sean sometidos a la consideración del funcionario fedante, previo requerimiento notarial, calibrada por dicho funcionario a la luz de medios de pruebas jurídicamente válido y documentado finalmente por él, bajo las prescripciones señaladas, no quedarán cubiertas por el manto protector de la preconstitución de la prueba.

El principio de instrumento forma ha de ser asumido en estos actos, entonces, como forma ad probationem, pues el reconocimiento notarial del hecho no predetermina su nacimiento a la vida jurídica, él preexiste a la forma y puede establecerse sin ella, pero al mismo tiempo la forma documental pública, permitirá al requirente obtener un medio de prueba idóneo, eficaz, oponible frente a terceros, respecto a la existencia misma del error o la omisión en el documento defectuoso o de otros particulares reflejados en el acta.

La falta de impugnación de los documentos públicos, por la parte a quien perjudiquen, produce el efecto de prueba plena en el proceso, pero es necesario distinguir, de cara al valor probatorio de los documentos, lo que la doctrina reconoce como valor intrínseco y valor extrínseco de ellos.

El primero está determinado por la autenticidad del documento. En las actas que nos ocupan, su valor intrínseco es innegable, mientras que el extrínseco es altamente efectivo, porque descansa sobre la calificación jurídica que realiza el notario, apreciando el instrumento notarial con el error o la omisión y los documentos aportados que prueban la existencia de estos y la manera correcta de subsanarlos. Esos documentos idóneos generalmente son dictámenes periciales, certificaciones de Registros Civiles, etc., y surte efectos para terceros en la medida que subsana instrumentos notariales.

Nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral reconoce un su artículo 281, inciso c), como documento público, aquel que resulta autorizado por funcionario público competente con las formalidades establecidas por ley. Quedando las actas de subsanación de error u omisión comprendidas dentro del concepto normativo, ellas van a estar dotadas de las garantías procesales concebidos en la norma ritual para dichos documentos, a saber, el efecto esencial de hacer prueba plena respecto a la actuación notarial y a las declaraciones que contiene o que de ellas inmediatamente se deriven (cfr. artículo 294 de la Ley ritual), presunción de veracidad que en cualquier caso podrá ser destruida mediante prueba en contrario.

La impronta jurídica de estas actas, en cuanto a la probanza de hechos, alcanza tal vez su máxima expresión en el acceso de ellas a registros públicos por lo que añaden un valor *ad utilitatem*, íntimamente relacionado con la consideración de estas actas como formas *ad probationem*.

Es de tener en cuenta que muchos de los documentos notariales que resultan subsanados mediante la correspondiente acta, cuentan con una cobertura registral, por lo que ellas, al igual que los primeros, accederán a dichos registros, siendo sometidas al proceso de calificación registral previa, por lo que el fedatario deberá autorizarlos atendiendo a la más depurada técnica notarial y en estricta observancia a las normas generales o especiales que la contemplan. Pensamos propiamente en el Registro Central de Actos de Última Voluntad y Declaratoria de Herederos del Ministerio de Justicia, en el recién reactivado Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, etcétera.

Estas actas despliegan una notable eficacia jurídica en este campo, ellas acceden a los registros con su contenido subsanador, el que queda protegido por una presunción de veracidad que, insistimos, sólo podrá ser destruida mediante prueba en contrario.

Los extremos esenciales que prueba estas actas serán la fecha y lugar de la autorización, identidad y existencia física del requirente, así como su capacidad jurídica en el momento concreto en que se documenta el acto, el hecho que motivó su requerimiento y la forma en que queda subsanado, la existencia material de los documentos apreciados por el notario para proceder a la subsanación y el cumplimiento de las formalidades relativas a la expedición de los mismos.

También prueba la preexistencia del documento notarial subsanado, pudiendo servir de base para su reconstrucción, ante una posible pérdida o destrucción del original, tal y como queda establecido en los artículos 151 y siguientes del Reglamento.

10.1.4. Problemas en la redacción y autorización del acta de subsanación de error u omisión

En este punto se extiende a situaciones que se suscitan no solo en estos dos momentos sino que se van a verificar antes y después.

El notario al enfrentarse a los errores u omisiones que pueden existir en los documentos públicos, se encuentra ante dos disyuntivas, estas son: la utilización o no de este tipo de acta y los inconvenientes que se pueden suscitar al decidir su empleo.

En primer lugar, encontramos pretensiones encaminadas a resolver errores u omisiones constitutivos de causales de nulidad previstas en el artículo 16 de la Ley notarial que trascienden al contenido esencial del instrumento.

Se solicita subsanar particulares contenidos en documentos públicos cuyo concepto, con el decursar del tiempo fue modificado por factores externos, pero que, en modo alguno significan la presencia de un defecto por error u omisión en el documento. Por ejemplo, el cambio de nombre de uno de los comparecientes, cambio de numeración del inmueble o de nombre de las calles, etcétera.

El notario al recibir al cliente, indaga sobre el motivo por el cual solicita sus servicios, detectándose en una gran cantidad de casos, que lo que resulta tipificado por el Arquitecto de la Comunidad, como omisión u error de origen, en realidad es sólo una parte, es decir que existen piezas originales omitidas o consignadas con error, pero a su vez existen otro tipo de acciones constructivas que, por lo dilatados y engorrosos de los trámites para legalizarlos, se pretenden encubrir con este tipo de actas.

Por razones de economía procesal, en franca contradicción con la técnica notarial, durante algún tiempo los errores u omisiones en documentos públicos notariales eran subsanados mediante resolución administrativa. Esta situación fue superada a partir de la Instrucción Conjunta número 1 del 2004, del Instituto Nacional de la Vivienda y la Dirección de Registros Civiles y Notarias del Ministerio de Justicia.

Información insuficiente y contradictoria en los documentos técnicos que se aportan para proceder a la subsanación.

La utilización de este tipo de actas supone la comunicación ulterior al notario autorizante del documento subsanado o a quién tenga a cargo su protocolo, disposición que, al no ser siempre respetada, provoca la continuidad en el tráfico jurídico de copias del instrumento imperfecto.

Estas son sólo algunas de las principales situaciones que se dan para la autorización de estas actas, en la práctica podrían encontrarse muchas otras, pero es un tema que sabemos no podemos agotar ni con mucho en un trabajo caracterizado por la brevedad del tiempo para su preparación y la limitación en cuanto a su extensión.

Bibliografía:

Cuevas Castaño, José Javier; "Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento", *Deontología Notarial*, 1992; González Palomino, José, *Negocio jurídico y documento*, Nuñez Lagos, Rafael, "La fe pública", *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1957; "Efectos sustantivos de las Actas Notariales", *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1965; Rodríguez Adrados, Antonio, "Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato", *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1982; *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988.

Jurisdicción voluntaria y función notarial

Josefina Chinae Guevara

Profesora Auxiliar y Principal de Derecho de Obligaciones y
Derecho Notarial.

Facultad de Derecho
Universidad Central de Las Villas
Notario de Santa Clara

1. Naturaleza y contenido de la función jurisdiccional

1.1. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

Jurisdicción es una palabra que deriva de la expresión latina *jus- diceres* que significa decir el Derecho, es potestad de Estado de desear y aplicar el Derecho a los casos particulares, ejercida a través de los jueces, quienes se hayan investidos para administrar justicia. La jurisdicción en su accionar es indivisible, es interés del Estado y obligación de éste, para la pacífica convivencia de sus habitantes, aplicar la ley para el mantenimiento del orden jurídico creado por él.

La jurisdicción es una función en la que se manifiesta la actividad del Estado en la esfera de las relaciones sociales, que se establecen con motivo de la administración de justicia, a cargo de órganos creados con esa finalidad. Dentro de esa función jurisdiccional del Estado se encuentra la denominada jurisdicción civil, que es aquella parte de la jurisdicción que tiene por función el conocimiento, investigación y decisión de las pretensiones sobre derechos personales y patrimoniales, actuada por los tribunales de conformidad con lo establecido en la ley sustantiva y procesal oportuna.

Para Alsina²⁰ la palabra jurisdicción tiene -en Derecho Procesal- una acepción específica y se refiere a la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos. Otro que así piensa es Palacio²¹ quien define la jurisdicción judicial con los siguientes caracteres:

- Facultad del juez de decidir los asuntos que se someten a su conocimiento. Deber en que se encuentra de administrar justicia cada vez que esa actividad sea requerida en un caso concreto; consistente -fundamentalmente- en la resolución de un litigio suscitado entre dos partes y con respecto al cual, el juez es un tercero imparcial.
- Ejercida por órganos independientes.
- Indelegable.

²⁰ Alsina, Hugo, Tratado teórico - práctico de Derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1957.

²¹ Palacio, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General, 1965.

Jurisdicción es - en fin- potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir, es la actividad del Estado encaminada a la actuación del Derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Su instrumento específico es el Poder Judicial.

Históricamente se ha dividido en facultades: la *notio*, conocer el asunto sometido a su resolución, la *vocatio*, potestad de llamar a juicio, la *coertio*, potestad de constreñir al cumplimiento del rito procesal; la *iuditio* facultad de juzgar propiamente dicha, aplicación del Derecho al caso concreto y el *imperium* poder para ejecutar lo juzgado.

Sin embargo, existen casos que son sometidos a competencia judicial y que no tienen como fundamento la cuestión o litigio entre partes; sino, un acuerdo de partes o sencillamente la ausencia de contradicción. Es aquí donde aparece la distinción objeto de estudio entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, según que se ejerza en causa en que exista contradicción de partes, o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad.

El más remoto antecedente relacionado con la jurisdicción voluntaria en un cuerpo de Derecho escrito, y del que parte su denominación, aparece en un fragmento de Marciano en el Digesto, en que se dice: " Todos los procónsules, luego que salen de la ciudad, tienen jurisdicción; pero no contenciosa, sino voluntaria: de forma que ante ellos se puede manumitir y adoptar los libres y los siervos. Más ante el Legado del Procónsul ninguno puede manumitirse, porque no tiene tal jurisdicción."²²

Es de apreciar, que en el Derecho romano al no hallarse diferenciadas las funciones del poder judicial y reconocerse la conveniencia de rodear de garantía de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los magistrados judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídicas de carácter privado; sin embargo, el decursar de la historia jurídica ha visto desgajarse tales atribuciones como competencias de otros funcionarios públicos. Los actos de jurisdicción voluntaria que actualmente permanecen como competencia de los jueces, son residuos de aquella antigua función administrativa atribuida a los órganos jurisdiccionales.

Se denominó jurisdicción voluntaria (*iurisdictio voluntaria*) en la doctrina y práctica del proceso italiano medieval, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de la mayoría de los interesados (*in volentes*). Igualmente se utilizó dicha denominación para designar los actos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios; de tal forma, procesos simulados ante el juez pasan a constituirse instrumentos con cláusula de garantía expedidos por notarios, llamados *iudices chartularii*.

²² Digesto, Libro I, Título 16, fragmento 2, Traducción de B.R. de Fonseca, Madrid, 1872.

En fin, pudiera decirse de la jurisdicción voluntaria que es aquella función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir, o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas, y que siendo ajena al específico cometido de los jueces que consiste en la resolución de litigios entre partes, aún se mantiene dentro de su competencia por la alta probabilidad de que estos procesos se conviertan en contenciosos; así como, por la conveniencia de que ciertos actos de los particulares - en razón de la trascendencia de sus efectos- sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización.

1.2. Distinción y efectos

Por el amplio contenido que se le atribuye a la jurisdicción voluntaria es difícil reconocer sus contornos conceptuales y precisar una detallada distinción entre la misma y la jurisdicción contenciosa.

No obstante, para distinguir las particularidades que caracterizan a la jurisdicción contenciosa y la voluntaria habrá que partir siempre de una secuencia de aspectos a comparar entre ellas. Esos aspectos serían: el hecho que se somete a jurisdicción del juez, el conocimiento del juez respecto al hecho que se promueve, características y consecuencias del pronunciamiento judicial.

- el hecho que se somete a jurisdicción del juez

En la jurisdicción contenciosa el hecho que se somete a consideración del juez es una cuestión entre partes, es el conflicto de intereses que se desea solucionar. Se ejerce inter nolentes, porque una de las partes tiene que acudir al tribunal contra su voluntad para dirimir una controversia. No obstante, es preciso aclarar que para que exista litigio no es imprescindible la lucha de opiniones, basta que exista un conflicto o disputa entre dos esferas individuales de derechos, de las cuales una exige algo a costa de la otra; es decir, que hay litis siempre que se pretenda la sumisión de un interés ajeno al propio. De ello son ejemplos los casos de sumisión del demandado y el proceso en rebeldía.

En la jurisdicción voluntaria el hecho que se somete a consideración del juez es un pedido de realización de acto que la Ley considera necesario para dar vida a una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico. Se ejerce entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien le importa la práctica de algún acto; es decir, inter volentes, no aparece ningún interés de terceros. Aquí no hay conflicto de intereses y la intervención del juez sólo tiene por objeto satisfacer exigencias de orden público.

- el conocimiento del juez respecto al hecho que se le somete a consideración.

En lo contencioso, el juez procede con conocimiento legítimo; en la jurisdicción voluntaria, con conocimiento informativo. La diferencia está en que, en el primer caso, el juez procede de acuerdo con el resultado de una investigación

personal; en tanto, en el segundo, lo hace sólo teniendo como fundamento los informes de los interesados.

- características y consecuencias del pronunciamiento judicial.

El ejercicio de la jurisdicción contenciosa se hace realidad con el pronunciamiento de un fallo con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes; mientras, que en la voluntaria, el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto, o certificar el cumplimiento de un requisito de forma.

En la contenciosa tal pronunciamiento debe ceñirse a la constatación de relaciones preexistentes y, por ello, debe aceptar el debate como las partes lo presentan, no pudiendo fallar fuera de esos límites. Así, puede decirse que la resolución judicial en estos casos es sólo declarativa. En la jurisdicción voluntaria, en cambio, se trata de un acto que sólo tiene apariencia de sentencia porque emana del juez; sin embargo, fortalece su esencia administrativa desde que ordena para el futuro

Se marcan las diferencias entre las dos jurisdicciones -además- por los efectos del fallo. La sentencia de jurisdicción contenciosa produce efecto de cosa juzgada, lo que significa que las partes no podrán en el futuro someter nuevamente a decisión judicial la cuestión ya resuelta; es decir, hay presunción de veracidad. Aquí rige el principio de regularidad por el cual las partes no pueden poner en cuestión la validez del procedimiento en que se hubiere dictado el fallo; y por último, el juez agota su jurisdicción en la sentencia y, por lo tanto, no puede modificarla.

La decisión adoptada por el juez en la jurisdicción voluntaria no produce efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente. Aquí no se activa la presunción de veracidad, ni el principio de regularidad, ni se agota la jurisdicción con la decisión adoptada.

Si se pretendiera hacer un intento de clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria ellos pudieran agruparse de la siguiente manera:

Actos de constitución de derechos. Un ejemplo de ellos es las inscripciones de sociedades en el Registro Mercantil, los actos relativos a la adopción.

Actos de homologación, como la aprobación de cuentas particionales, la adverbación de testamento ológrafo.

Actos de constatación, que comprende las informaciones a verificar la existencia de un hecho determinado.

Actos de autorización, entre ellos se hallan incluidos la autorización para enajenación de bienes de menores por utilidad o necesidad, ausentes o incapaces.

La jurisdicción voluntaria es - en fin- una forma particular de actividad del Estado ejercitada en parte por los órganos judiciales, en parte, por los

administrativos y perteneciente a la función administrativa, pero distinta también al clásico acto administrativo por ciertos caracteres particulares.

En este tipo de jurisdicción no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que -sin intervención del Estado- no podría nacer o desarrollarse, se desarrollaría imperfectamente. En la constitución o desarrollo de estados jurídicos que tienen lugar en la jurisdicción voluntaria no actúa un derecho que corresponda de A contra B. No es -entonces- característica inherente a la jurisdicción voluntaria la ausencia de contradictorios, sino la falta de partes.

También la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contradictorios, pero no sin partes; puede tomarse una resolución jurisdiccional in audita parte, pero siempre contra o frente a una parte a la cual debe comunicarse tal resolución para que pueda cumplirse o ser impugnada.

En la jurisdicción voluntaria habrá casos de varios solicitantes, pero no de partes en el proceso; es aquella donde no se promueve cuestión entre partes, con ausencia de litis, encaminada a la declaración y solemnización, a enunciar el derecho, nunca a restablecerlo, en la que se hacen constar hechos o actos que hayan producido o deban producir efectos jurídicos siempre que no se deriven perjuicios a terceros.

1.3. La administración de justicia en la jurisdicción voluntaria

Para tomar partido en cuanto a si existe en la jurisdicción voluntaria una verdadera administración de justicia o no, se hace imprescindible un repaso por las opiniones más importantes y relevantes de la doctrina procesalista internacional sobre el tema.

Entre los procesalistas modernos no faltan quienes consideran a la jurisdicción voluntaria como verdadera jurisdicción²³; sin embargo, la opinión dominante la considera como una actividad administrativa que, no obstante, se atribuye en gran parte a los órganos judiciales, porque tratándose de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria²⁴. En la jurisdicción voluntaria no se declara un derecho, ni se aplica la ley a un caso concreto; sino, ella entra en la actividad social, no jurídica del Estado.

²³ En ese sentido Alvarez Castellanos, *El proceso de jurisdicción voluntaria*, Reus, 1945, pp. 332 y ss.

²⁴ En tal dirección apuntan los comentarios de Glasson y Tissier, Chiovenda, Calamandrei, Guasp, Plaza, Alsina, Alacalá Zamora citados en "La función notarial y la jurisdicción voluntaria", en *Revista Internacional del Notariado*, año XXXII, número 78, 1982, pp. 157 y ss.

Aunque la jurisdicción voluntaria sea considerada como una función administrativa, presenta caracteres que la diferencian de la generalidad de los actos administrativos y la aproximan a la actividad judicial. Por ejemplo, en la mayor parte de la actividad administrativa el órgano que la ejerce es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria; sino, que de modo análogo a lo que sucede en la actividad jurisdiccional, el órgano es ajeno a la materia sobre la que recae su actuación. Esta razón ha sustentado el criterio de que la jurisdicción voluntaria podría ser una actividad intermedia entre la jurisdicción y la administración, concepto en formación.

Alcalá Zamora y Castillo²⁵ precisa las diversas circunstancias que han contribuido a la imprecisión del concepto de jurisdicción voluntaria. Entre ellas:

- Nombre inadecuado, porque no es jurisdicción (ya que en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguna que satisfaga los fines jurisdiccionales en sentido estricto); ni es voluntaria (porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla, tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa, al punto que - en algunos casos- no pueden prescindir de ella).
- Desorientación legislativa (traducida tanto en su ubicación en los códigos, como en su contenido).
- Terminología impropia (designación diferente de las mismas situaciones).
- Contenido heterogéneo (según que se acepte o se aparte de la concepción administrativa).

A causa del amplio y heterogéneo contenido que actualmente se atribuye a la jurisdicción voluntaria, resulta extremadamente difícil precisar su concepto y establecer una rigurosa distinción entre ella y la jurisdicción contenciosa. Sobre el tema, en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en 1965, Bollini²⁶ expresó que es muy dudoso que pueda atribuirse a los actos agrupados bajo la denominación de jurisdicción voluntaria el carácter de verdadera jurisdicción, entendiéndolo así la mayoría de la doctrina. Afirmó - además - que es materia incierta y discutida, en su función y en su finalidad, siendo sumamente importante saber si nos encontramos en el campo de la jurisdicción o en el de la administración. Agregó que las semejanzas y diferencias existentes entre la función judicial y notarial en ningún caso bastarán para darnos un acabado concepto del tema.

Por su parte, Font Boix²⁷ concluye que la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción porque no concurren en ella los datos definidores de ésta última, y tampoco puede afirmarse que sea administración porque ella se ejercita sobre intereses privados, contrastando en ello con la administración, que tiene

²⁵ Op. cit. en nota (5).

²⁶ Bollini, Jorge A., "Jurisdicción voluntaria", ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965.

²⁷ "La función notarial...", cit., p. 173.

como criterio teleológico la satisfacción de un interés público. La jurisdicción voluntaria - dice- constituye una actividad autónoma del Estado caracterizada por la circunstancia de actuarse en función pública sobre relaciones o intereses jurídico-privados.

Luego de analizar el estado de la doctrina sobre el asunto jurisdicción voluntaria pudiera concluirse afirmando que su ubicación entre las atribuciones de los órganos jurisdiccionales obedece a razones históricas y de confiabilidad, nunca a una correcta técnica jurídica. Es así, que el contenido de la jurisdicción voluntaria está referido a la intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas cualificándolas con elementos extrínsecos sin los cuales no alcanza aquella plenitud de efecto, sin que en esta actividad se contemplen situaciones controvertidas que supongan una declaración coercitiva propia de la jurisdicción propiamente dicha o contenciosa.

Es un error frecuente pretender oponer lo voluntario; es decir, lo libre y querido por una persona, a lo contencioso - que implica una controversia sobre un derecho pretendido-. En realidad, lo que sí es opuesto a lo voluntario es lo obligatorio, aquella conducta que por ley debe observarse. Así, cuando se alude a actos de jurisdicción voluntaria se trata de actos judiciales obligatorios, de suerte que la propia ley los designa contradictoriamente.

Así se llega -entonces- al absurdo jurídico de que a los denominados actos de jurisdicción voluntaria, o de jurisdicción no contenciosa, se les da un tratamiento de actos de naturaleza judicial y de competencia obligatoria, porque los particulares deben promover ante el juez la instancia para obtener la declaración del derecho o del hecho objeto del acto, conociendo de antemano que no hay controversia que dirimir, ni derecho que restablecer, o duda sobre quién tiene la razón sobre una pretensión jurídica.

Dicho absurdo jurídico es útil para concluir en cuanto a la naturaleza jurídica de estos actos, que no se justifican como de competencia judicial y cuya única fuente justificativa es la ley que autoriza la intervención del juez en ellos con carácter obligatorio. La intervención del juez dota a tales actos de autenticidad, solemnidad, certeza jurídica, pero definitivamente no se trata de actos de naturaleza materialmente jurisdiccional.

La llamada jurisdicción voluntaria no tiene naturaleza jurisdiccional. Sólo es jurisdicción la contenciosa porque ella corresponde a su naturaleza jurídica, en que los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado y tienen la exclusividad de ejercer tal potestad jurisdiccional. Tampoco resulta del todo exacto que la jurisdicción voluntaria sea una actividad administrativa; es cierto que está ejercida por funcionarios del Estado, sin embargo, sus características principales la separan definitivamente de constituir un ejemplo clásico de actividad administrativa.

Pudiera decirse que es mera administración, sólo en sentido amplio, considerando que en los actos de jurisdicción voluntaria se produce y actúa la

garantía de los derechos individuales, se cumple el interés general, propio de la actividad administrativa que -por circunstancias y razones extraprocesales- se atribuyó a los jueces, es administración pública del Derecho privado. La antinomia entre jurisdicción voluntaria y contenciosa - por tanto- es totalmente impropia.

Finalmente, es posible afirmar que la jurisdicción voluntaria está caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídico privados que pertenecen al denominado sistema cautelar utilizado por algunos ordenamientos jurídicos para la protección y el mantenimiento en el tiempo de los derechos adquiridos. De tal forma, no sería un error afirmar que la jurisdicción voluntaria es un mecanismo de seguridad jurídica de los derechos adquiridos, entregado por razones históricas, y no técnicas, a la función judicial; que tributa exclusiva y esencialmente a la garantía de cualquier derecho.

En el pasado romanista, cuando se pretendía dotar de un título jurídico satisfactorio a determinadas actuaciones particulares, los interesados acudían al juez fingiendo una contienda sobre el acto o negocio que habían constituido. La parte demandada se allanaba en el juicio a las pretensiones de la demandante y ambas conseguían una decisión judicial que incorporaba a su acuerdo unos efectos de los que no le podían dotar ellos mismos. En la evolución de esta figura ha desaparecido radicalmente la ficción contenciosa y se han incorporado funciones de verificación y control confiadas a jueces, notarios y autoridades administrativas.

Lo más relevante de esta figura se centra en la relación que se produce entre la actividad del órgano interviniente y el juego de la norma jurídica en cuya base se constituye la situación o relación pretendida por los interesados.

Para entender bien este punto de partida resulta preciso distinguir la tipología de los preceptos que entran en el supuesto regulador de la jurisdicción voluntaria:

- integra un grupo de disposiciones cuyo juego normativo queda sujeto a una triple condición: a) que se realicen in casu las condiciones contempladas en el supuesto de hecho de un precepto para que los sujetos puedan aspirar a constituir la situación o relación que en él se prevé; b) que una autoridad pública verifique el cumplimiento de tales requisitos o valore la conveniencia del nacimiento de la situación o relación pretendida en los términos expresados en la norma; c) que el órgano interviniente certifique la constitución del estado o negocio postulado por los solicitantes. (por ejemplo, en el matrimonio o en la adopción).

Lo que hace la autoridad interviniente en este caso es completar la labor del legislador integrando un requisito de la propia norma. Esta tarea puede consistir en la incoación de un expediente destinado a controlar la concurrencia de los requisitos exigidos por un precepto, para aprobar o denegar la constitución del acto que se pretende establecer en su base. Lo relevante de esta intervención es que se exige como una condición fundamental para la creación de la situación o relación jurídica que se quiere constituir.

En la mayor parte de los casos la función de la autoridad estriba en la concreción casuística de una condición expresada a través de un concepto jurídico indeterminado. Si la constitución del negocio se supedita al “interés del menor” o al “interés de la familia” el órgano de la jurisdicción voluntaria deberá sopesar si el establecimiento de la relación pretendida satisface ese interés y, de considerar que así es, procederá a autorizar su conformación. En este supuesto la apreciación de la conveniencia se identifica con el requisito y pasa a formar parte de las condiciones sustanciales exigidas por la norma. De ahí que, con ciertas reservas, adscribamos una naturaleza “paralegislativa” a esta tipología de actos.

En cuanto a la eficacia de resoluciones de jurisdicción voluntaria podrían avanzarse aquí, con carácter general, los dos siguientes principios básicos:

- Las resoluciones de la jurisdicción voluntaria no son sentencias ni pueden ser asimiladas a ellas en su tratamiento. Una resolución en materia de jurisdicción voluntaria es algo muy diferente a la decisión que pone fin a un proceso contencioso. En pura técnica no procede instar una solicitud de exequátur puesto que no se trata de dotarlas del efecto de cosa juzgada, ni de ejecutarlas. Coherentemente no debe admitirse la utilización de un cauce que permitiría transformarlas en algo que no son. Los matrimonios, las tutelas, las adopciones, o las emancipaciones, se hacen valer simplemente cuando hace falta que el actuar de una persona se aprecie desde la óptica de su condición de cónyuge, tutor, padre o persona capaz.

- Las resoluciones de la jurisdicción voluntaria constituyen documentos públicos de carácter especial, por cuanto no sólo incorporan manifestaciones de voluntad o dan fe de hechos y comportamientos de los que se derivan negocios jurídicos concretos. El objetivo directo del tipo de resolución al que se alude es certificar hechos y relaciones jurídicas concretas. En tal sentido, constituyen los instrumentos idóneos para probar su existencia. Toda decisión en el ámbito de jurisdicción voluntaria consiste en el reconocimiento jurídico de una situación o relación jurídica creada al amparo de una norma.

2. Naturaleza y contenido de la función notarial

Actualmente, nadie en doctrina discute el origen judicial de los actuales documentos notariales. En el devenir del Derecho histórico cuando las partes no han encontrado una organización notarial eficiente que les permita obtener la fijación y eficacia de sus pactos, han conseguido sus propósitos acudiendo a los tribunales y utilizando un proceso aparente productor de sentencias que han sido precursoras de los documentos públicos.

La *in iure cesio*, las *interrogationes*, y la *confessio in iure* en Roma; la *auflassung* en Germania; las *recognizances* en Inglaterra y sobre todo el *praeceptum de solvendo* y la *confessio apud acta ante litis contestationem* del proceso medieval no son sino los más elementales ejemplos de cómo el juez, al lado de su jurisdicción contenciosa, desarrolló una jurisdicción voluntaria, autorizante de

múltiples negocios jurídicos con eficacia de sentencia, pero sin proceso, pues el proceso aparente reconocido como tal por la ley no es proceso²⁸. No es hasta finales del siglo XII que se produce -en varias etapas- la sustitución de las funciones del juez por los *judices cartularii* o notarios en este tipo de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, es totalmente imposible asimilar el documento público a la cosa juzgada. El documento obliga a juzgar conforme a él, la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto. El documento público da nacimiento a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante; el documento público tiene la promesa por la ley de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas. El documento notarial al igual que la sentencia produce efectos legitimantes y declarativos de carácter obligatorio.

Sanahuja²⁹ aborda la naturaleza de la actividad notarial – en principio- como función jurisdiccional. Ofrece como argumento que mediante ella se declara de modo oficial y público la validez del negocio; pero, sin dejar de advertir que dicha autenticación o legalización - notarialmente conseguida- queda jurídicamente abierta al conocimiento de un juez, único que podrá ofrecer la fuerza de cosa juzgada por voluntad del Estado. De estos razonamientos concluye que la función notarial es autónoma, con sus formas y efectos peculiares, y no típicamente jurisdicción.

Otro punto de vista acerca de la naturaleza de la función notarial lo aportan los argumentos que en tal sentido ofrecen los estudios realizados por Ahrens y Monasterio³⁰. Desde la filosofía del Derecho aparece la teoría de la justicia reguladora que en su desarrollo concluye afirmando la necesidad de una función del Estado que aplique su acción al Derecho para los fines de la normalidad.

El punto de partida de esta teoría es la necesidad social de dar a los derechos una corporalidad que facilite su evolución natural y normal. Para atender a ello, el Estado ha de disponer de una función distinta de la judicial, destinada a la conservación, reconocimiento y garantía del Derecho en estado normal: La función notarial.

Sobre este particular son realmente convincentes las conclusiones que ofrece Castán Tobeñas³¹ en cuanto a las notas que delimitan la función notarial:

²⁸ Vid. Nuñez Lagos, Rafael, *El valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945, p. 51.

²⁹ *Tratado de Derecho Notarial*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 1945, p. 20.

³⁰ Vid. Ahrens, *Curso de Filosofía del Derecho*, 3ª edición española, Madrid, 1873. Monasterio Gali, “*Biología de los derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de actos de la vida civil*”, en *Revista Jurídica*, 1910.

³¹ *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pp. 42 y 43.

- La función autenticadora y legitimadora notarial recae sobre los actos, negocios o hechos jurídicos humanos o naturales.
- Fundamentalmente, la autenticación y legitimación notarial se refiere o aplica a los actos que se realizan en la esfera de las relaciones de Derecho privado.
- La actuación notarial se desenvuelve en la fase de normalidad del Derecho, quedando fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en fase contenciosa o de perturbación.

Como ha expresado De Prada González³² la conservación del documento notarial constituye una parte integrante esencial de la función notarial: es el valor jurídico del documento notarial, el que exige - como consecuencia lógica- que se conserve en poder del notario, para conseguir - de tal forma- que ese valor de que se le dota pueda desplegar toda la eficacia a que está llamado. La misma línea de razonamiento que lleva de la autenticidad formal (documento perfecto) a la autenticidad de fondo (negocio perfecto) exige que el documento público sea conservado con todas las garantías, logrando así la autenticidad corporal que da al documento notarial el hecho de la existencia de una matriz en poder de funcionario público. Esta autenticidad corporal ofrece una presunción de legalidad a las copias expedidas que - mediante el cotejo- se convierte en autenticidad corporal inatacable del documento notarial. Autenticidad corporal (documento indubitado), autenticidad formal (documento perfecto) y autenticidad de fondo (negocio perfecto) son el resultado de una triple actividad notarial (documentadora, adecuadora y conservadora) que se complementan entre sí y que juntas hacen posible el cumplimiento de los fines de certeza y seguridad que la función notarial persigue.

En los estudios de Derecho Notarial latinoamericano los autores presentan varias teorías para explicar la naturaleza jurídica de la función notarial. Entre ellas, la teoría de la fe pública, la teoría de la legitimación, la teoría de la forma, y la teoría de la jurisdicción voluntaria³³.

Así delimitada, la función notarial adquiere determinados matices según la legislación interna que la acoge y en vista de su contenido complejo que incluye funciones de carácter públicas y privadas.

Existen analogías y diferencias entre las funciones jurisdiccional y notarial. De las primeras pudiera destacarse que en ambas se declara el derecho, aplican la ley al caso concreto de acuerdo o sin la conformidad de los interesados, requieren de igual ciencia para el conocimiento de la ley, el mismo arte para ligar a ella la

³² "Función Notarial y Protocolo", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de Mayo de 1987, en Revista de Derecho Notarial, enero-marzo, 1998, pp. 193-194.

³³ Acerca de ello vid. Ortiz Rivas, Hernán A., Comentarios al Estatuto del Notariado Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1984. El autor entiende jurisdicción voluntaria como actividad administrativa

voluntad expresa de las partes o presunta de la ley, y son funciones de justicia que persiguen la moralidad en las relaciones civiles.

Las cuestiones que las diferencian son - entre otras- el supuesto en que intervienen, la forma de intervención, el tipo de intervención y sus efectos. De tal forma, el notario actúa cuando la voluntad de las partes se aviene a cumplir las normas del Derecho objetivo, el juez lo hace cuando se presume o demuestra que las normas han sido desconocidas o vulneradas por las partes. La intervención notarial es, en esencia, profilaxis jurídica preventiva; es decir, tiene como fin evitar contiendas y discusiones futuras; sin embargo, la intervención del juez es reintegradora, devuelve a la normalidad una relación jurídica alterada por la violación del cumplimiento de alguna de las partes. El actuar notarial es solicitado por las partes que pudieran tener intereses aislados o entrelazados y recíprocos; por el contrario, la intervención del juez es pretendida por las partes por existir intereses contrapuestos o en franca contienda. Por último, el notario elabora, crea el instrumento notarial que alcanza la calidad de prueba plena (presunción juris tantum: presunción de legalidad y verdad, mientras no se admita su falsedad en juicio); el juez -por su parte- dicta sentencia definitiva lo que trae consigo el efecto de cosa juzgada, resultando inatacable -incluso- para una nueva decisión judicial.

Es incuestionable que el nacimiento del documento notarial ocurre a consecuencia de un hecho: el otorgamiento, motivado por otro hecho, que en rigor está constituido por una sucesión de hechos: la audiencia notarial. La audiencia notarial se valida con la comparecencia de las partes o sus representantes en el documento público inmediatamente ante el notario, e incluye una sucesión de actuaciones de los sujetos y el fedatario, conducentes a la firma y autorización documental. Por ello, resulta imprescindible analizar la posición del notario dentro del orden jurídico y las posibilidades de la documentación pública como prueba legitimadora.

2.1. El notario dentro del orden jurídico

La función notarial, aunque compleja, se puede caracterizar por las siguientes actividades:

- Dar fe pública, es decir, autenticar actos y hechos jurídicos, o sea, hacerlos ciertos y verdaderos ante la sociedad, dotados de una garantía de legalidad y seguridad jurídica (labor autenticadora); y
- Dar forma legal (labor legitimadora y asesora), a fin de que ciertos actos sean plenamente eficaces en el mundo del tráfico jurídico, especialmente el inmobiliario y el comercial.

Es así, que el notario se convierte en un agente colaborador eficiente del logro del bien común que todo Estado enarbola como bandera, ya que proporciona seguridad jurídica a las partes que ante él acuden. El notario certifica o da fe de que hay legitimidad en el derecho que se ejerce, de que hay legalidad en el acto de voluntad y de que hay licitud en los hechos observados; de que hay capacidad

en las partes que intervienen, de que existe una idoneidad en el objeto materia del acto, de que hay una situación fiscal contributiva al corriente, de que se tiene un régimen conyugal suficiente, de que se otorga una voluntad verdadera, de que se comprueba una identidad de los sujetos que actúan e intervienen; en fin, la función notarial en el ordenamiento jurídico de raíz latina es un servicio público complejo que resulta primordial para hacer prevalecer el orden jurídico civil y el cumplimiento físico en los actos en que por la ley y a petición de los interesados interviene el notario.

Para cumplir la encomendada misión de conformar y custodiar la verdad oficial en relación con los actos de los particulares, el notario es funcionario público, depositario de la fe del Estado y tiene el deber de imparcialidad. En razón de ello, le están atribuidas legalmente una serie de prohibiciones e incompatibilidades en el desempeño del cargo que se manifiestan de una u otra forma en el Derecho notarial comparado.

Voces autorizadas en la doctrina notarial como Vázquez Campos o Castán Tobeñas, han permitido definir al notario como “el jurista oficial de la legitimación preventiva en el campo especialmente del Derecho privado” entendiendo - con Sanahuja- que la legitimación es un aspecto especial de la función general legalizadora, porque la legalización garantiza la adecuación del acto a la ley; sin embargo, la legitimación contempla la eficacia del acto en relación con la situación jurídica previa que le sirve de base o fundamento en el mundo del Derecho.

Una sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de diciembre de 1929 calificó al notario como “... profesor de jurisprudencia de las clases humildes y consejero prudente de los individuos y de las familias”. El notario es fedatario, pero no simplemente da fe; es documentador, pero no simplemente redacta escrituras. El notario es ante todo un jurista que asesora a las partes, adapta su verdadera voluntad a la ley, da fe del otorgamiento del instrumento público, y se es tanto o más notario cuando con motivo de su asesoramiento las partes desisten de firmar el contrato o cuando el notario deniega la autorización del documento porque su contenido no se ajusta a la ley. En estos casos no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida.³⁴

La función asesora del notario alcanza un valor esencial porque incorpora un agregado generado por la labor constructiva del notario creador de Derecho. Cuando la normativa jurídica no ofrece soluciones satisfactorias, el notario diseña una forma propia de regular el acto, dentro de los marcos de la autonomía

³⁴ Bolás Alfonso, Juan, “La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”, ponencia de 21 de agosto de 1997, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en La Notaría, Nº 1/1998, p. 52.

de la voluntad permitida por la ley y se ha dicho que en tales casos el documento notarial se convierte en una auténtica obra de ingeniería jurídica³⁵.

La más cercana redefinición de la actividad notarial en documentos internacionales se encuentra recogida en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la organización del notariado en los Estados miembros de la comunidad. Ella caracteriza la actividad notarial como una delegación parcial de la soberanía del Estado que garantiza, en particular, el servicio público de autenticación y legalización de los acuerdos, su fuerza ejecutoria y probatoria, así como el asesoramiento imparcial prestado a las partes, lo que reduce el recurso a los tribunales, teniendo funciones preventivas de las judiciales, al eliminar o reducir los riesgos de litigio, así como funciones de asesoramiento y consejo asesor³⁶.

En razón de todas las atribuciones y funciones del notario y a consecuencia esencialmente del principio de autenticidad -que convierte en verdad oficial, prueba plena de los contenidos del documento, hasta tanto éste no sea privado de su fe pública mediante la declaración judicial de falsedad- el documento notarial tiene reconocida una eficacia privilegiada, consecuencia directa de la calidad del proceso de elaboración del instrumento público y que tiene como efectos la consideración del documento notarial como título legitimador en el ejercicio de los derechos que constan en el documento, inscribible en registros públicos, con carácter ejecutivo y probatorio, susceptible de ser rebatido por prueba en contrario.

Algo que no debe dejar de decirse en esta sede tiene que ver con la relación eficacia privilegiada - verdad comprobada por el notario. Es una necesidad vital para el futuro del documento notarial y para la propia subsistencia del notario en el tiempo, la ampliación de la función notarial en la comprobación de la verdad de las declaraciones de las partes. Por ello, son bienvenidas todas las transformaciones que con este fin se propongan las instituciones notariales en cualquier latitud.

³⁵ Raposo Fernández, José Manuel, "Panorámica de la actuación notarial", en La Ley, 13 y 14 de febrero de 1997.

³⁶ Cit. pos Bolás Alfonso, J., "La función notarial como...", cit., p. 60.

2.2. La prueba de documento público como fijación de hechos que interesan al derecho: las actas

Por la importancia que plantea la técnica notarial de actas, como soporte documental del actuar notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria, es que se dedica este apartado a estudiar la prueba y legitimación procesal y extraprosesal de las mismas.

La eficacia probatoria concedida al instrumento público en general, puede ser diversa según se admita una presunción *iuris et de iure* de exactitud de cuanto afirma el notario, o meramente una presunción *iuris tantum* susceptible de prueba en contrario.

En este último sistema existe una gradación que va desde establecer límites a la posibilidad de impugnación o revisión judicial del acto autenticado, hasta conceder al juzgador la facultad de apreciación libre de la eficacia probatoria del instrumento público en su concurrencia con los demás medios de prueba admitidos en Derecho, lo que no significa que la apreciación judicial pueda desentenderse de los efectos de eficacia que la ley concede y asocia a los documentos públicos solemnemente autorizados por notario.

El instrumento público considerado en sí mismo tiene pleno valor y eficacia inter partes y frente a terceros, porque la intervención notarial con el consiguiente apego y cumplimiento de la legalidad crea —en consecuencia— la certeza que legitima el documento como expresión de un hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica en el caso de las actas.

Así, la fuerza probatoria del instrumento público ampara las declaraciones y afirmaciones que proceden del propio notario respecto de los hechos que puede y debe comprobar con sus propios sentidos, no a los hechos que relata por el dicho de los comparecientes. Esta fuerza probatoria del documento autorizado por notario se extiende a:

La intervención notarial.

La audiencia notarial entendida como presencia inmediata frente a notario de los comparecientes al acto en sentido general, incluyendo a los testigos, traductores, etcétera.

Tiempo y lugar de autorización del documento.

Las circunstancias relativas al acto o hecho que se documenta siempre que constituyan manifestaciones de realidad presenciadas por el fedatario.

En el caso de las calificaciones hechas por el notario, no pueden ser incluidas en el mismo rango de efectividad probatoria. Estas entrañan una mera presunción *iuris tantum* en la esfera de legalidad del acto notariado y puede ser impugnada por el ejercicio de una acción de nulidad. Entre las calificaciones notariales más comunes se encuentran: la capacidad jurídica de las partes, la identidad, la

calificación técnica del acto, la legalidad del acto y el juicio de suficiencia en la comprobación del hecho notorio.

Puede ocurrir - además- que se desvirtúe esa eficacia probatoria sin necesidad de querrela de falsedad documental, y ello, porque la autenticidad del documento no es la misma en todas sus partes. Núñez Lagos habló de la "autenticidad analítica" del documento. Mientras hay extremos que el documento prueba a menos que se interponga querrela de falsedad (presencia de las partes, hecho de la declaración, fecha) la sinceridad de las declaraciones puede ser desvirtuada por otros medios de prueba.

En consecuencia, es posible sostener que la fuerza probatoria del documento radica en su autenticidad establecida por la ley y no en una simple presunción del juez dentro del proceso. Dicho de otro modo, la fuerza probatoria del instrumento público se fundamenta sustantivamente, objetivamente; su justificación no es meramente procesal, adjetiva.

Las actas en sí mismas son consideradas como medios de prueba con las particularidades dichas, pero en ocasiones implican la conservación de derechos para el solicitante, como por ejemplo, interrumpen la prescripción de acciones, pueden colocar a un deudor en mora, pueden hacer que se efectúe el efecto compensatorio, o que se extinga una obligación.

Son –además – modos de ejercicio de los derechos en la esfera extrajudicial, mediante ellas pueden ejecutarse un sinfín de derechos como el tanteo y retracto legal, la opción, la resolución, la puesta en conocimiento de la revocación del mandato, de la renuncia del mandatario y de la rescisión unilateral de un contrato, las denuncias que abren al notificado un plazo preclusivo, los ofrecimientos de pago, o las actas de cancelaciones registrales. En tales usos se pone de manifiesto el carácter de título legitimador de derechos que ostentan las actas.

Para asumir el reto del traspaso de competencia de los asuntos de jurisdicción voluntaria, de lo judicial a lo notarial, pudiera afirmarse que el arma documental ideal son las actas de calificaciones jurídicas. Así se denominan a aquellas actas que contienen esencialmente un juicio que el notario forma y emite acerca de la notoriedad del hecho, teniendo como precedente otras actuaciones, que se identifican con otros tipos de actas (percepciones, hechos del notario, manifestaciones).

Dentro de las actas de calificaciones jurídicas la más importante resulta el acta de notoriedad. El juicio notarial acerca de la notoriedad del hecho puede formarse a partir de una serie de elementos probatorios y de diligencias notariales dirigidas unas, a probar el hecho y otras, a que el notario forme su juicio de notoriedad. En ocasiones este juicio de notoriedad es autónomo porque no existen otras pruebas del hecho en sí, salvo que tal hecho es público y conocido por todos.

La notoriedad es -entonces- una cualidad en razón de la cual un hecho no necesita ser probado por ser de público conocimiento en un determinado círculo territorial o de personas. El acta de notoriedad persigue como fin salvar los límites del carácter notorio del hecho y convertirlo, en virtud del reconocimiento notarial, en conocido por todos, en hecho público para la generalidad.

El concepto de acta de notoriedad tiene que partir, por tanto, del concepto de notoriedad. La notoriedad no es un medio de prueba, sino una circunstancia en virtud de la cual, un hecho (el hecho notorio) no necesita prueba, y ni siquiera opera respecto de él, la carga de la afirmación; pero un concepto absoluto de notoriedad, referida a aquellos hechos que se tienen como ciertos e indiscutibles según el conocimiento humano general, como por ejemplo la fecha del día, carece de utilidad, porque para nada se precisa su consignación en un acta.

Es preciso -entonces- delimitar un concepto relativo de notoriedad, porque lo que se trata es de que en virtud del acta notarial la notoriedad pueda surtir sus efectos fuera de esos límites; el hecho es, efectivamente, notorio, ya que el acta no le dota de notoriedad, sino que se limita a comprobar una notoriedad existente. No obstante, esta situación es notoria solamente en el territorio con el que está conectada, o dentro de las personas interesadas en él o relacionadas con los sujetos a los que afecta.

Sin embargo, en este entramado jurídico de las actas de notoriedad el concepto de notoriedad no se encuentra aislado, sino fuertemente interconectado con otro concepto, no menos importante, el de calificación legal. Se afirma -entonces- que tales actas tienen una doble finalidad: comprobar la certeza de los hechos que no se perciben directamente por los sentidos, y declarar el derecho aplicable a la situación que se ofrece como notoria³⁷.

El auge de las actas de notoriedad- sin dudas- ha estado condicionado dentro del notariado latino por la corriente legislativa que trae al notariado para integrar su función una parte de la jurisdicción voluntaria que la propia ley atribuye a los jueces, proceso que generalmente ha estado encabezado por la posibilidad de acreditar mediante acta notarial de notoriedad quienes son los herederos ab intestato del causante.

En fin, como afirma Verdejo³⁸ "la introducción de las actas de notoriedad, constituye un avance hacia la absorción por el notariado de la llamada jurisdicción voluntaria."

3. Reflexiones sobre la competencia notarial en materia de jurisdicción voluntaria

3.1. Cuestiones que se suscitan a favor o en contra

³⁷Sanahuja, Tratado de Derecho Notarial, Barcelona, 1945, p. 111.

³⁸ Verdejo Reyes, Pedro C., Derecho Notarial, La Habana, 1990.

Las reflexiones que se suscitan sobre la competencia notarial en materia de jurisdicción voluntaria en el ámbito jurídico internacional giran alrededor de varios tópicos que en esencia pudieran sintetizarse de la siguiente forma:

- La jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción, y por ello, la competencia notarial en tales asuntos no es sino un absurdo jurídico³⁹.
- La jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, sino administración. Esta caracterización la desvincula de la función notarial que tiene como contenido autenticar los actos extrajudiciales de los particulares en un espacio de normalidad jurídica, ajena a la administración.
- La jurisdicción voluntaria no es jurisdicción; sin embargo, se atribuye gran parte a los órganos judiciales; porque tratándose de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria. Visto así el ámbito notarial no resultaría cauce adecuado para todos los asuntos que se tramitan utilizando tal procedimiento. Significa que podrán pasar a competencia notarial los asuntos más sencillos, pero jamás asuntos como la adopción, la incapacidad o el divorcio por mutuo acuerdo que precisan por sus características de un control fiscalizador fuerte⁴⁰.
- El cauce notarial acomoda de manera perfecta a todos los asuntos que se tramitan utilizando el procedimiento voluntario y a todos aquellos otros que no promueven cuestión entre partes. La técnica notarial de las actas puede ofrecer - en tales casos - una expresión documental definitiva y título suficiente que legitime los derechos declarados manteniendo el control fiscalizador por el ministerio público.

De estas cuestiones la primera de ellas ha quedado tratada en las secciones anteriores. Sin embargo, sobre las restantes sería factible aportar algunos elementos de juicio. No es exacto tildar la jurisdicción voluntaria como administración, ni asegurar que la función notarial es ajena a la administración. Se ha dejado dicho *up supra* que el procedimiento voluntario incorpora características que le acercan a los procesos judiciales; sin embargo, no es exactamente un procedimiento judicial porque en él no se administra justicia, ni tampoco un procedimiento administrativo típico, porque en su mayor parte la actividad administrativa la ejerce un órgano que es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación, lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria en la que el órgano es ajeno a la materia sobre la que recae su actuación. Pudiera pensarse - entonces - que es una actividad intermedia, un híbrido entre la jurisdicción y la administración.

Por otra parte, la función notarial es compleja y esa complejidad está condicionada por la confluencia en su contenido de actividades de carácter

³⁹ En esa línea Alvarez Castellanos, *El proceso de jurisdicción voluntaria. Derecho procesal*, Reus, 1945, pp. 332 y ss.

⁴⁰ Así Glasson y Tissier, Chiovenda, Calamandrei, Guasp, Plaza, Alcina, Alcalá Zamora, citados en "La función notarial...", cit., pp. 157 y ss.

privado y de carácter público. La condición de funcionario público que ostenta el notario determina su relación intrínseca con la administración, sólo que la delegación que ostenta del Estado es para dar fe de los actos extrajudiciales de los particulares en que por razón de su cargo interviene y de acuerdo con lo establecido en la ley; y nunca este poder delegado al notario será parecido al poder delegado en los órganos de la administración del Estado, con lo que queda deslindado el territorio entre fe extrajudicial notarial y fe administrativa.

Para enfocar analíticamente la tercera de las cuestiones planteadas primero es necesario identificar - en la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos - cuáles asuntos se tramitan por los cauces de la jurisdicción voluntaria. Entre ellos puede mencionarse el expediente de incapacidad, la administración de bienes de ausentes, el expediente de consignación y las informaciones para perpetua memoria. No obstante, existen otros procedimientos que sin promoverse cuestión entre partes, ni perjuicio a tercero son sometido a trámite fingiendo un contencioso. La referencia obligada resulta a casos como el divorcio por mutuo acuerdo, la tutela, la adopción directa, la declaración de herederos, las testamentarias, y adjudicaciones de herencias, entre otros.

Los representantes de esta corriente de pensamiento apuntan que asuntos como las informaciones para perpetua memoria, la consignación y la administración de bienes del ausente son esencialmente de jurisdicción voluntaria y por tanto discurren sobre las reglas de la normalidad jurídica, ávidos de solemnidad, que puede ofrecer -como es lógico- el notario. Sin embargo, niegan el carácter de jurisdicción voluntaria a expedientes de incapacidad, adopción, tutela, testamentarias y divorcios por mutuo acuerdo, sin reconocer la ausencia total de litis manifiesta en tales procedimientos, justificando así su posición contraria al traspaso de competencias en ese sentido. Los que así se pronuncian esgrimen la delicadeza jurídica en las consecuencias de tales asuntos como para someterlos a competencia notarial, que indudablemente -aseguran- facilita la obtención de resultados favorables al estar fuera de un sistema de control fiscalizador fuerte como el jurisdiccional.

La cuarta de las cuestiones expuestas se suscita entre los que de una manera flagrante defienden la posibilidad que tiene la función notarial de acoger en su seno a los actos de jurisdicción voluntaria y a todos aquellos otros que no promuevan cuestión entre parte, ni perjudiquen a terceros, asegurando en la actuación del notario y en su consecuencia documental la certeza, autenticidad, solemnidad, control de legalidad y seguridad jurídica que tales actuaciones precisan.

Teniendo a su disposición la técnica notarial de las actas de notoriedad o de calificaciones jurídicas y como único ministerio la verdad, el notario imparcial, asesor, y certificador, comprueba los dichos de los requirentes, ofrece su juicio acerca de la legalidad de las manifestaciones y actuaciones documentadas, y sobre el hecho que se somete a su competencia, solicitando dictamen al fiscal en

caso de dudas, o absteniéndose de actuar en los que su buen criterio jurídico así le aconseje.

En esta órbita giran las cuestiones suscitadas internacionalmente en relación con la competencia notarial sobre los actos de jurisdicción voluntaria. Véase en adelante las experiencias obtenidas sobre dichos temas.

3.2. Experiencia internacional sobre estos temas: el Derecho Notarial latino en Europa. El Derecho Notarial latino en América. La experiencia cubana.

El tema de la jurisdicción voluntaria en sede notarial ha sido abordado internacionalmente, de manera fundamental, por notarios en congresos o reuniones notariales de tal carácter. Es así, que en adelante se ofrece una secuencia de dichas participaciones en las que el lector encontrará las principales definiciones adoptadas por la Unión Internacional del Notariado Latino sobre el particular y la experiencia que la institución ha acopiado en ese sentido.

Es Jorge Bollini⁴¹ quien define que las semejanzas y diferencias existentes entre la función judicial y notarial, en ningún caso bastarán para darnos un acabado concepto del tema. Aclara, que si bien ciertas materias dentro de la órbita jurisdiccional son confiadas, por razones de oportunidad o conveniencia, a los jueces, no implica el ejercicio de una actividad propiamente jurisdiccional, sino administrativa. En consecuencia, estima que la actividad del notario en la llamada jurisdicción voluntaria debe ejercitarse utilizando su facultad fideifaciente para homologar esos actos como funcionario público y no como profesional del Derecho en ejercicio del *ius postulandi*.

En el primer caso, el notario - en su carácter de funcionario público - sustituye al juez en su función homologante; en el segundo - que el autor no comparte - postulado por la doctrina italiana, el notario en ejercicio de su *ius postulandi* actúa como técnico del Derecho, asesorando. Bollini insiste en que la competencia del notario en los actos de jurisdicción voluntaria, no sustituye, ni desplaza al juez, sino que lo descarga de quehaceres, que por no ser jurisdiccionales deben pasar al órgano comprobador, calificador y legitimador que es el notario.

San Martín⁴² en el III Congreso Notarial brasileño 1974, cree posible que por vía de delegación de funciones administrativas -en las que la función del juez es autenticante- pueda el juez transferir el conocimiento sobre la jurisdicción voluntaria a los notarios, funcionarios idóneos, legalmente capacitados para dar fe; pero siempre sobre la base del proceso y su funcionalidad notarial. El notario puede y debe incluirse en el proceso, por delegación estatal, mediante la ley que así lo declare; o por delegación judicial, cuando razones de economía procesal

⁴¹ "La jurisdicción voluntaria", Ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965.

⁴² San Martín, José, "Proceso voluntario", en Revista del Notariado, N° 739, p. 19.

así lo aconsejen. Ello se deriva de su competencia como funcionario público y fedatario con el poder que el Estado le confiere para dar fe pública de los actos que fundamentalmente configuran su función.

Otro notario, Farini⁴³ afirma que tanto la función notarial como la judicial tienen un objeto común: la aplicación y actuación del Derecho; una y otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de ella. Las características del documento notarial confieren a los actos notariados la máxima garantía a los intereses privados y públicos.

La jurisdicción voluntaria - según Font Boix⁴⁴ - constituye una actividad autónoma del Estado, caracterizada por la circunstancia de actuarse en función pública sobre relaciones e intereses jurídico-privados. Dentro de ella caben los actos que implican solemne e indirecta publicidad jurídica, previo proceso de calificación, comprobación, publicación de trámites y declaración terminal de suficiencia. A estos actos el autor les llama de *ius additio* y entiende que en todos ellos, el notario puede sustituir al juez. Sostiene que el acta notarial es el vínculo acto para instrumentar las materias de jurisdicción voluntaria ante notario y dentro de las actas, especialmente la de notoriedad.

Ya desde el I Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948, se declaró que la jurisdicción voluntaria debía ser atribuida exclusivamente a competencia notarial. En el II Congreso, celebrado en Madrid en 1950, la declaración se pronunció sobre la aplicación del acta de notoriedad a los casos siguientes: declaratoria de herederos, existencia o inexistencia de parientes de una persona y determinación de su grado de parentesco, identidad o inexistencia de una persona, actos de estado civil en caso de no existir las actas correspondientes, hechos que no se puedan probar mediante título o respecto de los cuales no pueda producirse el título correspondiente.

El IV Congreso celebrado en Río de Janeiro en 1956, declaró que la constatación de la transmisión de bienes por causa de muerte es función notarial específica y - en consecuencia - formuló el deseo de que las sucesiones se radiquen ante notario, quien tendrá jurisdicción de ellas hasta lograr todos sus efectos jurídicos. En caso, de que por surgir controversias se recurra a la vía judicial, después de resueltas volverán al notario, para la realización de las demás fases de la transmisión.

El VIII Congreso de la Unión, celebrado en México 1965, insistió en lo inadecuado del término jurisdicción voluntaria y en que -por su naturaleza- corresponde al notario conocer sobre los actos que dicha jurisdicción incluye. Declaró que son de competencia notarial -con abstracción hecha del órgano que conocía de ellas en el momento de la declaración- aquellas actividades que conllevan la comprobación y autenticación de hechos, que pueden ser seguidas

⁴³ Farini, B., "El notariado latino y la jurisdicción voluntaria", Ponencia presentada al XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Perú, 1982.

⁴⁴ "La función notarial...", cit., p. 173.

de un juicio valorativo de un acto no litigioso que ha de documentarse y del cual el órgano que emite tal juicio no es parte. Dicho juicio valorativo consiste en determinar si el acto reúne los presupuestos y requisitos exigidos en cada caso, por el ordenamiento jurídico, para la producción de un determinado efecto; que el notario en tales casos interviene investido de una función pública; y que la intervención notarial deberá cesar cuando el acto devenga litigioso.

En el XII Congreso Buenos Aires 1973, la declaración final contenía una petición a los países de Derecho latino de la Unión para la realización de gestiones encaminadas a lograr que los procedimientos de jurisdicción voluntaria en materia de reconciliación matrimonial, elaboración de acuerdos previos al divorcio, a la guarda de los hijos y a la custodia y administración de sus bienes, sean confiados a competencia notarial.

Posteriormente, durante el desarrollo del XVI Congreso Lima 1982, se determinó que en las actas de notoriedad autorizadas por notario, no será necesaria la intervención o aprobación judicial, ni de ninguna naturaleza; y que en relación con su fuerza probatoria, se diferencian según fuese en las siguientes categorías:

- Extrajudicialmente: Mientras las actas de notoriedad no fuesen impugnadas en juicio debe considerarse exacto el hecho acreditado en ellas.
- Judicialmente: Primero, si las actas de notoriedad son objeto de impugnación en juicio, su fuerza probatoria será apreciada por el juez, según el criterio de la *lex fori*. Segundo, En los certificados notariales en los cuales la certeza del hecho consta directamente al notario, su valor probatorio será pleno, mientras no se declare su falsedad en el juicio correspondiente.

Por su parte, el IV Encuentro del Notariado Americano celebrado en Bogotá en 1968, ratificó la declaración formulada en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino de 1965, y afirmó que la intervención notarial representa una prestación que el notario puede ofrecer a la comunidad nacional, con evidente economía, rapidez, con los siguientes fundamentos:

- La economía beneficiará al Estado, pues se derivan al ámbito notarial funciones hoy desempeñadas por los jueces, y a las partes por la disponibilidad más inmediata para la liquidación de sus intereses patrimoniales.
- La rapidez se produce por una mayor descentralización administrativa y por la simplificación del procedimiento.
- La eficacia se funda - por un lado - en el principio de la fe pública, potestad de que goza el notario; y -por otro- en los conocimientos técnicos indispensables.
- La intervención notarial significa relevar al juez de una tarea que no es propiamente jurisdiccional. En efecto, la competencia de los actos voluntarios encuadrados hoy dentro del concepto equívoco de jurisdicción voluntaria, no implica un juicio decisorio, con el imperium de la cosa juzgada; sino, un juicio valorativo, de ciclo abierto, emitido por el notario, sobre la base de pruebas calificadas por la ley.

Así mismo estableció que son de competencia notarial los siguientes actos jurídicos:

Apertura y publicación de testamentos cerrados.

Protocolización de testamentos.

Expresión de la voluntad concreta del causante, manifestada por actos entre vivos, cuando realiza la liquidación de herencia.

La sucesión intestada y la declaración de herederos, cuando todos los partícipes fueran capaces, total o relativamente.

La liquidación de la herencia, cuando corresponda a partícipes que fueren capaces de disponer libremente de lo suyo.

La declaración de identidad o de existencia de una persona física.

Los actos del estado civil, cuando no existan las actas que los comprueben.

La declaratoria de pobreza.

El deslinde y amojonamiento.

El concurso civil de acreedores.

El nombramiento de tutor o curador.

Otra manifestación del interés que ha generado el tema en las reuniones notariales se encuentra en la declaración de la Primera Reunión de Decanos de Colegios de Notarios de América del Sur, celebrada en Lima, en 1972, que en su punto f) confirma:

- Que la comprobación de hechos y actos que determinan la transmisión de bienes por causa de muerte, debe ser función notarial específica. En consecuencia, las respectivas actuaciones tienen que tramitarse ante notario, quien tendrá competencia para producir el documento que alcance los efectos legales pertinentes.

- Que la competencia notarial deberá extenderse, además a la autenticación y homologación de otros hechos y actos que impliquen procesos voluntarios, consistentes en determinar y declarar el cumplimiento de requisitos establecidos por la ley, para producir determinados efectos jurídicos.

- Ello se fundamenta en que el notario, por su investidura, participa del poder autenticador del Estado, y además, ejerce función legalizadora y control de la legitimación.

- Su actuación, en dicha jurisdicción voluntaria, debe ser siempre protocolar, sea en forma de escritura o acta, por la garantía que otorga el principio de matricidad.

- En todos los casos, las cuestiones controvertidas necesitarán de intervención judicial, para resolver los incidentes que pudieran plantearse.

- Que el documento notarial tiene la ventaja, respecto del judicial, de elaborarse con mayor economía procesal, y al propio tiempo permite descongestionar la labor de los tribunales, haciendo que el juez desarrolle su labor específica, en jurisdicción contenciosa.

- Que finalmente debe quedar aclarado que en cuanto el notario interviene en la producción de estos documentos, lo hace como funcionario auténticamente y no como profesional de Derecho, sin suprimir la intervención de letrados.

En el mismo sentido, en el II Encuentro Notarial del Cono Sur celebrado en abril de 1977 en Asunción, Paraguay se recomendó:

- Gestionar, en los respectivos países, la recepción legislativa del procedimiento sucesorio ante notario, cuando concurren las siguientes circunstancias:

Requerimientos optativos por los derechohabientes o aquellas personas habilitadas en las diferentes legislaciones. El cónyuge y los herederos directos tendrán preferencia dentro de un plazo a determinar, para el inicio de las actuaciones.

Las personas aludidas en el inciso anterior deben tener capacidad plena y directa, para el ejercicio de sus derechos.

- De sobrevenir contienda o a simple solicitud de herederos o cónyuge, el procedimiento deberá trasladarse a sede judicial sin más trámite.

- Los interesados dispondrán de asistencia jurídica conforme con la legislación de cada país.

- La instrumentación se hará en actas protocolares.

En los últimos 20 años el notariado ha pasado a conocer de muchos de los asuntos de jurisdicción voluntaria y en todas las latitudes - aunque no en igual medida - las legislaciones han hecho realidad este sueño de los '70. Véase cuáles son las últimas noticias acerca del tema.

El notariado español se reunió para el Simposio Notariado y Sociedad, Sevilla 2000 donde se abordaron temas candentes de la realidad europea más actual. Entre ellos se estudiaron las nuevas relaciones familiares, el impacto de la inmigración, y la discapacidad, tratando -especialmente- de encontrar formas aniquiladoras de las barreras jurídicas para los discapaces. La reunión concluyó elaborando unas conclusiones por mesas de estudios; de ellas se resaltan las que más tiene que ver con el tema en estudio:

- El Notariado español, de conformidad con las propuestas de las instituciones políticas de la Unión Europea, debe asumir parte de la hoy llamada jurisdicción voluntaria para descargar de trabajo a los juzgados y tribunales, agilizando los trámites en cuestiones que, por su propia naturaleza, exigen una rápida solución. Dentro de dichos actos de jurisdicción voluntaria se encuentran la celebración del matrimonio, la mediación en las relaciones familiares, la documentación, con plena validez y eficacia, de los convenios reguladores de la separación o el divorcio, o el control en la disposición de bienes de menores e incapaces.

- Reconocer plena validez y eficacia inmediata a la voluntad de los cónyuges al regular su separación y divorcio por mutuo acuerdo formalizada en escritura pública, al menos cuando no haya hijos comunes menores.

- Urge una mayor desjudicialización y flexibilización del funcionamiento de la tutela y un desplazamiento del control judicial hacia el ámbito familiar.

Por la misma senda de Sevilla 2000, el notariado español se ha declarado a favor de los planes de reforma expuestos por el Ministerio de Justicia del país en el 2001. Así se recoge en el editorial del Nº 7 de la Revista Escritura Pública, de 21 de febrero del 2001, que edita el Consejo General del Notariado. La declaración

anuncia como imprescindible potenciar fórmulas alternativas para solucionar los conflictos jurídicos, como el arbitraje, la mediación y la jurisdicción voluntaria, así como desarrollar una Ley de Seguridad Preventiva.

El Consejo ha insistido en la urgencia de descargar las competencias judiciales ofreciendo a la población otros sistemas seguros que permitan resolver los conflictos de forma más sencilla, rápida y económica. Una fórmula sería el arbitraje, que constituye una “privatización voluntaria” de la Justicia y serviría para descargar las oficinas judiciales, a la vez que, desde el punto de vista sociológico, contribuiría a que los ciudadanos participasen en la administración de justicia.

Además y en línea con iniciativas ya adoptadas en otros países para el notariado, debería explorarse la extensión de las actas notariales de declaración de herederos ab intestato, que han demostrado su eficacia como vía alternativa para reducir el atasco judicial, a otras materias de jurisdicción voluntaria, como los matrimonios, las autorizaciones judiciales y las tutelas, y también a determinados hechos del ámbito “pseudo contencioso”, como actos de conciliación, consignaciones, notificaciones, subastas, separaciones y divorcios de mutuo acuerdo.

En relación con el arbitraje en España, se recuerda que si esta institución no ha calado en el país, al contrario de lo que sucede en otros del entorno, no es por falta de hábito de la ciudadanía; más bien, hay que culpar a la vigente Ley de Arbitraje, que no ha cumplido su finalidad. En esta materia parece preciso dar mayor oportunidad a la iniciativa privada, revisar los principios que la inspiran y aprovechar como árbitros a expertos y técnicos en cada materia. A los notarios corresponderá, en este sentido, desarrollar un importante papel, porque la actividad arbitral es y sigue siendo consustancial a su función, como consecuencia natural de su carácter de profesionales del Derecho independientes, de su experiencia como mediadores en las relaciones jurídico-privadas, y del arraigo social de que gozan.

Para el notariado español, sólo alabanzas merece la iniciativa gubernamental de abordar la reforma de la justicia española, respaldada por ciudadanos, partidos, instituciones y medios de comunicación. Los notarios se suman, así, a este apoyo, manifestando una vez más que para modernizar la justicia no basta con agilizar los procedimientos, sino que es preciso eliminar la saturación de los juzgados desarrollando fórmulas alternativas.

También surgen iguales reclamos del notariado organizado del otro lado del atlántico, para la jurisdicción voluntaria. En las Conclusiones de la Jornada Notarial Mexicana celebrada en el Puerto de Acapulco del 4 al 7 de junio del 2001, se expone deliberadamente que tomando en cuenta el reacomodo de funciones y atribuciones de las diferentes instancias de gobierno y habiendo analizado detenidamente qué es la jurisdicción voluntaria, así como la preparación y pericia del notariado mexicano, se recomienda a los Colegios de Notarios de las entidades que aún no lo prevén, impulsar, ante las autoridades

competes y Congresos Estatales, la reforma a las leyes del notariado para que se otorgue al notario la posibilidad de actuar en todos los actos de jurisdicción voluntaria, incluidas la sucesiones testamentaria e intestamentarias, con excepción de la adopción, la declaración de ausencia y la presunción de muerte.

En Puerto Rico desde 1999 se aprobó la Ley 282/1999, 21 de agosto, "Ley de asuntos no contenciosos ante notario" que en su exposición de motivos reivindica para la función notarial los asuntos de jurisdicción voluntaria tramitados hasta ese momento por los Tribunales de Justicia y expone como fin principal el desatascamiento de dichos tribunales.

En su articulado define que los notarios puertorriqueños además de conocer de los asuntos y procedimientos que al presente se le atribuyen por ley, podrán tramitar los procedimientos de testamentaria y abintestato; declaratoria de herederos, aceptación del cargo y expedición de cartas testamentarias a un albacea por un notario que no fuere aquél en cuya oficina se encuentra protocolado el testamento; averdación y protocolización de testamento ológrafo, declaración de ausencia simple, de los procedimientos para perpetuar hechos en que no esté planteada una controversia y no puedan resultar en perjuicio de persona cierta y determinada, ni se pretenda utilizar para conferir una identidad a una persona; los procedimientos para la corrección de actas que obren en el Registro Demográfico, y de los cambios de nombre y apellidos.

La competencia de los notarios sobre tales actos no es exclusiva; el artículo 3 de la ley especifica que será concurrente con la ejercida por los tribunales, y el requirente tendrá la opción de presentar el asunto ante notario o ante tribunal, según lo estime conveniente. En aquellos asuntos en que entre los interesados se encuentren menores o incapacitados, o en los que se solicite el cambio de nombre o apellidos, o los asuntos ad perpetuam rei memoriam, o declaración de ausencia simple, el notario notificará del trámite al Ministerio Público por correo certificado o por mensajero con acuse de recibo. Transcurridos treinta (30) días de la notificación al Ministerio Público sin que éste haya hecho constar su oposición por escrito, el notario continuará con su intervención en el asunto, haciéndolo constar en el acta notarial, e incluyendo evidencia fehaciente de su notificación. El notario podrá optar por comparecer a las oficinas del Ministerio Público y requerir personalmente su parecer sobre el asunto bajo su consideración, en cuyo caso así lo hará constar en el acta notarial con la respuesta del representante del Ministerio Público. La oposición del Ministerio Público bastará para que cese la actuación del notario, quien procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 (b) de Ley, que al respecto dispone el cese de la tramitación del asunto ante notario.

La experiencia cubana ha sido prolifera en cuanto a la competencia notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria. Ya el Código Notarial de 1929, que estuvo vigente hasta el 31 de mayo de 1985, autorizaba la transmisión y adjudicación de los caudales hereditarios, siempre y cuando existiese acuerdo entre las partes, porque en caso contrario serían esos asuntos de competencia judicial.

La Ley Notarial de 17 de diciembre de 1937 trajo consigo un hecho de gran trascendencia para la función notarial en Cuba porque introduce -por primera vez con tales magnitudes- la jurisdicción voluntaria en sede notarial al adicionar un párrafo al Código Notarial de 1929 por el que se autoriza a los notarios, con las facultades atribuidas a los jueces y tribunales correspondientes, en todos aquellos actos de jurisdicción voluntaria y de otra índole que por la ley se determinaron. En dicho cuerpo legal se prescribía con carácter potestativo la tramitación del caso ante tribunal o ante notario. La ley sancionó que podían ser de conocimiento notarial los siguientes asuntos:

Prevención del abintestato solicitado por parte legítima.
Declaración de herederos abintestato.
Testamentaria.
Adopción.
Modo de elevar a escritura pública el testamento o codicilo hecho de palabra.
Apertura del testamento cerrado.
Información para perpetua memoria.
Subasta voluntaria judicial.
Actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio.
Documentos no inscriptos e inscriptos de las posesiones.
Consejo de Familia.
Testamento ológrafo.
Habilitación de libros de comerciantes.
Todos los actos relativos a las secciones de nacimiento y ciudadanía.
Subsanación de errores y omisiones no esenciales.
Inscripciones solicitadas fuera de término.
Cambio, adición, o modificación de nombres y apellidos.
Divorcio por recíproco disenso.

Sin embargo, el avance técnico que significó esta Ley tuvo una efímera vida. Aunque no fue derogada hasta el año 1974, por Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, de hecho lo fue mucho antes por la Constitución cubana de 1940, que consideró la función jurisdiccional como privativa de los órganos de la administración de justicia, lo que originó una enconada polémica doctrinal. Los notarios cubanos se abstuvieron de seguir tramitando expedientes de jurisdicción voluntaria por respeto al espíritu de la nueva Constitución, aunque aquella Ley que les autorizaba a hacerlo nunca fue declarada inconstitucional.

Ha sido -entonces- la Ley 50 de 28 de diciembre de 1984, que entró en vigor el 1º de junio de 1985 y derogó el Código Notarial de 1929, la que dispone transferir a competencia notarial algunos actos de jurisdicción voluntaria y sucesorios, poniendo de manifiesto el criterio del legislador cubano sobre la jurisdicción voluntaria como seudojurisdicción. Se transfieren a competencia notarial los actos siguientes:

La perpetua memoria.
El expediente de consignación.
Administración de bienes del ausente y

Declaración de herederos abintestato.

Con posterioridad, en 1994, se aprobó -además- la transferencia del Divorcio por mutuo acuerdo, conocido como divorcio notarial.

4. Actos de jurisdicción voluntaria en especie

La Ley 50 De las Notarías Estatales dispuso en su artículo 10 la competencia notarial para “conocer, tramitar y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria y sucesorio de declaratoria de herederos de conformidad con esta ley y su reglamento”.

La propia Ley, en su Disposición Especial Primera dispuso que a partir de su vigencia, “... los Tribunales se abstendrán de conocer y resolver los expedientes de administración de bienes del ausente, de consignación y de información para perpetua memoria, correspondientes a la jurisdicción voluntaria, incluyendo el proceso sucesorio de declaratoria de herederos, que se transfieren a la función notarial, excepto en los casos en que sea manifiesta la contradicción entre las partes, resulten perjuicios a otras personas o se emita por el fiscal dictamen en contrario. Se exceptúan de lo dispuesto anteriormente los casos de incapacidad y las diligencias preventivas del proceso sucesorio a que se refiere la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral”.

El Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales precisa la manera de tramitar los actos de jurisdicción voluntaria que -en todo caso- necesitará de escrito promocional contentivo de la pretensión, el que podrá ser presentado ante Notario por derecho propio o con representación letrada (vid. artículos del 116 al 120). En cuanto a las pruebas aportadas, si se pretende practicar prueba de testigos, se acompañará -además- la propuesta de interrogatorio y las documentales procedentes.

4.1. Perpetua memoria

Tiene como fin lograr la memoria de un hecho, acto o circunstancia que interesa al Derecho y para ello se busca la verdad oficial que ofrece el notario con la autorización de sus documentos. En su sustanciación, el Reglamento de la Ley requiere especialmente la presentación de la certificación correspondiente del estado civil de la persona sobre la cual se pretende realizar el acto (vid. artículo 117 del Reglamento notarial).

4.2. Consignación de bienes

La consignación es una forma especial de pago de las obligaciones que consiste en la posibilidad que tiene el deudor -de una obligación de dar- de liberarse de la obligación, depositando el bien a cuenta y riesgo de su acreedor, en los casos en que este último se constituya en mora según lo que para ello establece el Código Civil cubano en sus artículos 252 al 255.

La participación notarial en este asunto es -en esencia- mediadora. Si el acreedor que se encuentra en mora no acepta el bien consignado, finaliza la tramitación notarial sobre el asunto y se requerirá -entonces- tal como dispone el artículo 254.3 del Código Civil cubano resolución judicial que ponga fin a la cuestión entre deudor-acreedor moroso.

Es por ello, que el artículo 118 del Reglamento de la Ley de las Notarías dedicado a establecer las condiciones para la tramitación del acta de consignación, califica de imprescindible para ello el acta de depósito de la suma de dinero o cosa debida y el requerimiento del notario al acreedor y la respuesta de éste. Además, precisa, que solo si el acreedor mostrare su conformidad, el notario podrá autorizar el acta de consignación, y simultáneamente entregará al acreedor la suma de dinero o cosa debida que hará constar en dicha acta (cfr. artículo 119); en caso contrario, se abstendrá de autorizar la pretendida acta, continuando su tramitación a través de la vía judicial, por la presentación de una cuestión entre deudor-acreedor moroso.

Así, pudiera decirse que el acta de consignación resulta de una conjunción efectiva de un acta de depósito, otra de requerimiento y otra de entrega, que llegará a buen fin, es decir, a la autorización del acta de consignación si, y solo si, el acreedor moroso acepta el pago. De tal forma, la autorización notarial del acta de consignación constituirá prueba del pago y liberará al deudor de la deuda.

4.3. Administración de bienes del ausente

El fin perseguido por la persona que interesa esta acta notarial es conseguir extrajudicialmente el nombramiento de administrador para los bienes del declarado judicialmente ausente, según las normas que para ello regula el Código Civil cubano en su artículo 33.1.2.3.

Ese es el fundamento sustantivo del artículo 116 del Reglamento de la Ley de las Notarías. Dispone que el escrito promocional se presentará por cualquiera de las personas llamadas a la sucesión intestada, estableciendo una limitación en cuanto a la legitimación notarial para la sustanciación del acta, que estará en correspondencia con la representación que se ha dispuesto al declarado ausente en auto firme del Tribunal (que declaró la ausencia) cuya copia certificada de su firmeza se acompañará al escrito promocional.

La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)

Naiví Chikoc Barreda
Notaria de Ciudad de La Habana

Como sabemos, los sujetos pueden concurrir al instrumento público notarial por sí o en representación de otro(s) (artículo 51 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales). Ambos modos de concurrencia son categorías que pertenecen al Derecho Civil sustantivo; aquí sólo abordaremos su proyección externa o documental. Comparece por sí, aquel que obra en nombre propio, actuando con eficacia la propia esfera de sus intereses. El que actúa en representación de otro lo hace en cumplimiento de un mandato legal, en virtud de un negocio de apoderamiento, o por investidura del ente o persona jurídica.

Este estudio se concretará a la instrumentación notarial de las representaciones legal y voluntaria, aspecto este regulado en los artículos 59 al 62 del Reglamento de la Ley de Notarías Estatales.

1. Parte formal y parte material. Elemento subjetivo de los planos del instrumento

Las nociones de parte formal y material refieren a los aspectos externo e interno, respectivamente, de la relación jurídica que se pretende instrumentar en el documento notarial. Es parte formal aquel que comparece ante el notario, y respecto del cual se verifican los principios de intermediación, de unidad de acto, consentimiento, etc. En cambio, parte material es aquella que resulta jurídicamente afectada por el acto instrumentado; por ser titular de los derechos y/o las obligaciones adquiridos, modificados o extinguidos en virtud del negocio escriturado.

Cuando coinciden parte material y formal, es que al instrumento ha comparecido el titular del patrimonio en juego (comparecencia por sí); en caso contrario, comparece un tercero actuando a nombre y en representación del principal o dominus (comparecencia por representación).

El plano del instrumento se refiere al aspecto documental, adjetivo o externo del acto. Para su perfección deben estar presentes los requisitos y pautas formales que exige la legislación notarial para la válida conformación del instrumento público (estructura del documento, menciones obligatorias, expresión de la dación de fe, reseña de la identificación de los sujetos, del objeto, las titularidades y declaraciones de voluntad). Se trata de todas aquellas circunstancias de hecho y de Derecho que están cubiertas por la fe pública del notario y cuya ausencia es susceptible de ocasionar el tipo de nulidad prevista en el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales.

El plano del negocio alude al lado interno o sustantivo del acto. Aquí nos preguntamos no por la perfección externa del documento sino por la perfección o validez de su contenido: la declaración de voluntad o consentimiento negocial. Su irregularidad produce las ya consabidas causas de ineficacia de los actos jurídicos civiles.

No es objeto de estudio en esta materia los supuestos de convergencia y de superposición de ambos planos teniendo en cuenta la naturaleza del acto en cuestión; sólo partimos de la distinción como precedente necesario para el análisis de las nociones de parte y compareciente.

Cuando comparece el titular del derecho a nombre propio, los sujetos de los planos negocial e instrumental coinciden. Si lo hace a nombre ajeno, varía el elemento subjetivo: parte es el representado legal o poderdante, y compareciente o parte formal, el apoderado o representante legal.

El notario identifica al compareciente y a la parte del negocio o representado, en su caso. Los juicios de capacidad e identidad que debe hacer el notario versan sobre la persona del compareciente, pues es la declaración de voluntad de este último lo que configura el acto jurídico y quedan reflejadas en las cláusulas del documento en cuestión; aunque, por supuesto, los efectos de dicha declaración le sean directamente imputables a la esfera jurídica del representado (agere nomine alieno).

Cuando se trata de mandato no representativo, la actuación del compareciente será en su propio nombre, sin más trascendencia para la comparecencia documental, cuyo centro de interés se trasladará a la fase previa de asesoramiento del notario a las partes y expresión de las advertencias legales en el otorgamiento.

La realización del acto jurídico a nombre propio y en interés del principal, con base en la preexistencia de la relación causal básica, forma parte de la fase de ejecución del contrato de gestión. Si la obligación principal consiste en el otorgamiento notarial del acto, el vínculo se traba entre la persona del mandatario y el tercero que contrata, frente al cual responderá civilmente por las consecuencias ulteriores del acto; siendo necesario, a posteriori, un acto de transferencia o desplazamiento de dichos efectos para el mandante. Pienso que de esto deberá ofrecer razón al notario mediante las advertencias legales, en aras de la protección a terceros de buena fe. Desde el punto de vista adjetivo, otra cosa carece de interés.

2. Representación legal. Acreditación del modo de concurrencia

¿Cómo acreditar ante el notario la especial situación de legitimación para obrar que ostentan los representantes?

En el caso de menores de edad sujetos al régimen de la patria potestad, las facultades de representación que corresponden a los padres en virtud del artículo 85.5 del Código de Familia, se acreditan mediante la presentación de la correspondiente certificación de nacimiento, expedida por el Registro del Estado Civil. Es decir, basta con la prueba del vínculo filiatorio para configurar notarialmente la concurrencia del representante.

En el caso de que alguno de ellos se halle suspendido o privado del ejercicio de la patria potestad, el notario hará constar este particular mediante certificación de firmeza de la sentencia judicial que dispuso dicha sanción, o certificación de defunción en caso de fallecimiento; quedando consumada en la persona del otro progenitor, el ejercicio de la patria potestad.

Si el titular de los derechos es un sujeto incapacitado judicialmente, o un menor sometido a tutela, el documento idóneo para la configuración notarial de la representación es la certificación de firmeza del auto (o sentencia en caso de que se haya resuelto por la vía contenciosa) de tutela del tribunal municipal correspondiente, sin que sea necesario la presentación del auto (o excepcionalmente sentencia, si se sustanció por la vía contenciosa) declarativo (a) de la incapacidad⁴⁵ y la certificación acreditativa de la inscripción de la tutela, expedida por el secretario del tribunal o el secretario de la sección correspondiente, que tendrá a su cuidado el Registro de tutelas, a cargo del propio Tribunal que la dispuso (cfr. artículos 162 y 163 del Código de Familia).

⁴⁵ En este sentido, establece el Dictamen 9/1986 de 31 de enero de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, la no necesidad de aportar auto declarando la incapacidad de una persona cuando se representa a ésta en un instrumento público notarial, de constar el auto judicial de utilidad y/o necesidad por el que se autoriza la disposición de bienes del incapacitado. “Es nuestro criterio no exigir nuevamente la presentación del aludido auto, sin el cual el Tribunal no hubiera dispuesto el posterior expediente de Utilidad y Necesidad”. Este Dictamen no contiene pronunciamiento respecto a la necesidad de la exigencia del auto que dispone la tutela. Considero que su aportación es imprescindible, aun en casos en que se acompañe el referido auto de utilidad y necesidad. Este último incide en el poder de disposición sobre el objeto del acto, constituyendo un requisito de legitimación para el ejercicio de las titularidades del incapaz; el primero, en cambio, incide en el necesario complemento de capacidad del tutelado.

La intervención del fiscal en el instrumento público.

Según el artículo 60 del Código Civil, será necesaria la representación fiscal cuando el representante legal tenga un interés opuesto al representado. La noción del interés opuesto refiere a la colocación de los sujetos en la relación jurídica. Requiere, pues, un acto jurídico bilateral, y que representante y representado ocupen posiciones jurídicas contrarias en el vínculo⁴⁶.

Se trata de casos en que el representante sostiene un interés directo propio nomine en el acto, y a la vez concurra el interés de su representado. La función de complemento de capacidad del fiscal confluye con la de salvaguarda o tutela de los intereses del menor. El fiscal debe observar que en el acto, no se menoscabe el patrimonio del incapaz al que representa, procurando siempre el justo equilibrio de las posiciones contractuales.

La calificación del conflicto de intereses es labor del notario, quien no se regirá sólo por el criterio de la sinalagmaticidad del vínculo; sino también requerirá la intervención fiscal en aquellos contratos en que se dispone gratuitamente de beneficios patrimoniales a favor de los incapaces.

Según Díez-Picazo⁴⁷, “para que haya conflicto de intereses, es necesario que los sujetos se encuentren o se puedan encontrar en posiciones en contraste respecto del negocio que se celebra, en el sentido que la tutela del interés del representado no se concilie con la del representante, o viceversa”.

La intervención del fiscal en estos supuestos es el medio instrumental que, en sede de incapacidades de hecho, prevé la ley para canalizar el acto, que, de otro modo, atentaría contra la prohibición de autocontratar del artículo 63 del Código Civil. El modo de solucionar el conflicto de intereses implícito en dicha norma, es a través de la comparecencia del fiscal en el instrumento público.

⁴⁶ Sobre este punto, vid. Dictamen 67/1987 de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, en el que se establece que corresponde al notario ante el que se solicite la tramitación de un asunto, determinar sobre la existencia de intereses opuestos y coordinar con el fiscal su intervención en el referido asunto. “Los intereses opuestos en el caso de concurrencia de menores y representante de un solo acto o contrato, están dados cuando el interés del representado, no es coincidente con el interés del representante, ya que son inversamente proporcionales, es decir, la defensa del interés del representado, afecta al interés del representado”. Más adelante, “la presencia de intereses opuestos entre representante y representado no sólo se encuentra en las adjudicaciones hereditarias –como era el caso sometido a consulta– sino que teniendo en cuenta la definición que de las mismas se expresó en el apartado anterior, también en los casos en que los representantes pretendan transmitir bienes de su patrimonio a favor de sus representados o viceversa (ej. padres que desean donar su vivienda a sus menores hijos) debe intervenir la fiscalía para velar por las ventajas o desventajas que tal acto pudiera ocasionar al representado”.

⁴⁷ Díez-Picazo, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, 1a edición (reimpresión), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 212.

El notario público, en principio, debe ser riguroso en la apreciación de la identidad del funcionario, y en las pautas instrumentales a seguir. Deberá exigir, además del documento de identificación permanente, aquel que acredite la condición del fiscal; y de este modo hacerlo consignar en la parte correspondiente a la forma de concurrencia en el documento; aunque pudiera dar razón de ello también en el momento de emisión del juicio de identidad.

¿Podrá el notario prescindir del carné de fiscal cuando de ciencia cierta conoce que lo es? Pienso que sí, dado que el notario, forzosamente tendrá que conocer al fiscal del territorio, del cual se auxilia para la autorización sistemática de documentos en que se protegen incapaces, y otros, como los relativos a la jurisdicción voluntaria. Se trataría de un juicio de notoriedad por ciencia propia del notario sobre la ocupación del representante, fundamento de la emisión del juicio de calificación sobre la pertinencia de la representación legal.

En cuanto a si puede el fiscal representar a más de un incapaz en el documento público, se respetaría la regla prohibitiva del autocontrato si ambos incapaces ocupan la misma posición en el vínculo (constituyendo una misma parte, aunque pluripersonal); no cuando se sitúan a ambos lados de la relación jurídica, pues aquí estaría el funcionario vinculando con su propia y unilateral declaración de voluntad, dos patrimonios distintos, incurriendo en la segunda modalidad de autoentrada o autocontratación prevista por el artículo 63 del Código Civil.

3. Representación voluntaria

3.1. Valor de la forma documental pública en el poder según el Código Civil

Ante todo, el notario deberá calificar la validez del acto de otorgamiento de facultades de representación, esto es, el apoderamiento. ¿Cabe argüir el principio espiritualista o de libertad de formas que preconiza nuestro Código Civil en materia de contratos -artículos 310 al 313? En el Derecho español, opina Díez Picazo⁴⁸ que el problema del negocio de apoderamiento no es de forma, sino de prueba, y concluye que "la forma no es constitutiva del negocio y el poder puede decirse que nace con independencia de ella". ..

En virtud del artículo 414 del Código Civil, el poder debe hacerse constar en documento público notarial -a salvo las excepciones recogidas en el artículo 415 del mismo cuerpo legal. ¿Cuál es el alcance y la significación de este deber legal de dotar al apoderamiento de formalización notarial?

La doctrina es unánime en afirmar que se trata de una exigencia de fehaciencia que sólo repercute en la acreditación frente a terceros de la existencia del poder, lo cual quiere decir que el poder no documentado públicamente será inoponible ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban ser destinatarios de la gestión representativa.

⁴⁸ Idem, p. 144.

La escritura pública sólo brindará a las partes una mejor prueba, en virtud del principio general de la preconstitución. El instrumento público notarial, en cuanto autorizado por fedatario público competente, supone un mecanismo eficaz de preconstitución de prueba. Se ha dicho del documento notarial que es la prueba antilitigiosa por excelencia, pues funciona en la realidad extraprocesal con carácter profiláctico al frenar la impugnación de su validez y autenticidad; o mejor, la fehaciencia que imprime el notario público con su actuación provoca un efecto-vinculación en los terceros, inhibiendo cualquier desconocimiento o ataque e imponiendo el acatamiento a su contenido.

Dentro del proceso, el valor superior o privilegiado de la prueba documental impuesto por exigencias de seguridad y certidumbre del tráfico jurídico, consiste precisamente en que no impugnada por la parte a quien perjudique, despliega plena eficacia probatoria de todo lo contenido en el instrumento, vinculando al juez en su valoración. El juez no podrá apreciar de otro modo que favorablemente, la fuerza probatoria del documento notarial, mientras no sea redargüido de falsedad o nulidad.

En virtud del conocido principio de la abstracción negocial del poder, al mismo no se le exigen los mismos requerimientos de forma establecidos para la ejecución del acto representativo. No existe en nuestro ordenamiento una norma como la del artículo 1280, apartado quinto, del Código Civil español, conforme al cual deberán constar en documento público “aquellos poderes que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública”.

Es decir, el problema que plantea la existencia de un poder formalmente defectuoso atañe a la relación externa concertada entre representante y tercero, no a la relación interna, que se habrá constituido, cualquiera sea el modo en que se ha manifestado la voluntad. De ahí que no pueda el poderdante desconocer la actuación de su apoderado, y tampoco el tercero que lo ha reconocido como representante del principal.

La consecuencia será proveer al tercero con la acción prevista en el artículo 313, que obliga a la elevación a documento público, del negocio concertado sin observancia de la forma, necesaria en este caso, a afectos probatorios. Es una clara aplicación de esta norma, al ponerla en relación con el artículo 414 del Código Civil. El negocio representativo llevado a cabo por un apoderado con poder formalmente defectuoso, se halla condicionado al completamiento ulterior de la representación, para que pueda entenderse integrado desde el punto de vista negocial, momento hasta el cual no se producirán los plenos efectos del acto representativo.

3.2. Acreditación del modo de concurrencia

El artículo 59 del Reglamento notarial señala al notario que el modo de probar la concesión voluntaria de facultades de representación es mediante la copia de la escritura de poder otorgada (o el convenio de servicios jurídicos en el caso de representación letrada). Como sabemos, en virtud del artículo 414 del Código

Civil, el poder debe hacerse constar en documento público notarial⁴⁹ –a salvo las excepciones recogidas en el artículo 415 del Código Civil

El apoderamiento implica una especial legitimación formal del representante para vincular la esfera jurídica ajena frente a terceros. La presentación del documento en que conste este negocio, genera en los terceros legítimas expectativas que deben ampararse en virtud del principio de protección a la apariencia.

Considera Castro Lucini⁵⁰ que “la declaración del poderdante va dirigida fundamentalmente a los terceros (de ahí la absoluta necesidad de que el apoderado exhiba siempre y en cada caso el título formal del poder, que cuando se trata de escritura pública una perniciosa corruptela quiere sustituir la copia por al testimonio o copia de copia, carente de valor a estos efectos), siendo así que la declaración del mandante se dirige al mandatario, por ser un contrato basado en la confianza y oficio de amistad, mirando a la relación personal entre las partes, no así el poder (...)”.

3.3. El juicio de suficiencia de las facultades de representación

El notario debe cerciorarse de que el negocio representativo que se pretende celebrar se encuentra comprendido dentro del espectro de facultades conferidas por el poderdante al apoderado; en caso contrario, se incurriría en el supuesto de extralimitación o exceso en las facultades conferidas.

El bastanteo de poder es el procedimiento u operación que tiene por finalidad establecer si el poder es o no bastante o suficiente para el acto que se trate de realizar. Es decir, si este último se entiende incluido dentro del espectro de facultades de representación conferidas al apoderado.

¿A quién compete el bastanteo del poder? En todos los casos, corresponde al tercero con quien el apoderado contrata. Es a él a quién afecta, como titular material de los intereses y destinatario de la declaración de apoderamiento, la vigencia de la *contemplatio domini*. Un ejercicio extralimitado del poder le producirá consecuencias jurídicas desfavorables si no es ratificado por el *dominus*. La omisión de esta actividad interpretativa por su parte constituirá un notorio caso de negligencia que hará caer el velo de protección objetiva que impone el principio de tutela a la apariencia.

⁴⁹ Fuera de este análisis dejamos, por no caber en esta materia puramente adjetiva, la crítica a la infeliz formulación del concepto y efectos que nuestro Código Civil atribuye al negocio de poder, al confundirlo con el mandato, instituciones que toda la doctrina, desde Laband en 1860, distingue sin más polémica.

⁵⁰ Castro Lucini, Francisco, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. V, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 67.

El tercero deberá desplegar una diligencia mínima en este sentido, que consistirá en exigir la exhibición del documento en que conste el apoderamiento, y en interpretar sus cláusulas con el fin de determinar si el acto ha sido querido o no; o mejor, si puede entenderse incluido, según las reglas predominantes de la interpretación de este negocio.

Al decir de Díez-Picazo⁵¹ se trata de un derecho y a la vez, una carga del tercero contratante. Si como consecuencia de la operación de bastanteo -continúa el autor- se encuentra insuficiente el poder, el tercero podrá rehusar la realización del acto o contrato o hacer constar la insuficiencia del poder y someter el negocio a un requisito adicional como la ratificación, el otorgamiento de un nuevo poder, etc. Sin embargo, considero que la voluntad del tercero, es en materia de ratificación, inoperante, toda vez que esta última constituye una *conditio iuris*, y como tal, presupuesto de eficacia que establece la ley para el negocio concertado.

Pero no sólo el tercero deberá examinar y determinar la suficiencia de facultades, sino que también, en aquellos casos en que por ley o por voluntad de las partes el negocio representativo haya de otorgarse en instrumento público, el notario es sujeto activo del bastanteo del poder.

Se trata de un juicio notarial asertórico de calificación jurídica. El notario hará uso de su pericia técnica o profesional para determinar, después del análisis del documento, si la persona que funge como apoderada está habilitada para el acto en cuestión. El examen del documento aquí debe discurrir por dos vías, con el fin de determinar:

- 1.- Si para el acto en concreto exige la ley requisitos especiales o condiciones cualificadas de legitimación.
- 2.- Si el acto se encuentra previsto en el apoderamiento como negocio representativo. 3.3.1. Legitimación especial del apoderado. Breve referencia a los poderes para permutar viviendas

Como sabemos, en aras de preservar la libertad de consentimiento y evitar la impremeditación en los actos de disposición de bienes, y otros de naturaleza familiar como el matrimonio, la ley regula la necesidad de que dichas facultades de representación sean conferidas mediante poder especial. El notario se cerciora de que el instrumento contentivo del poder sirva de título idóneo para el ejercicio de las facultades dispositivas; en caso contrario, la persona no estaría habilitada para el acto en cuestión.

Las notas características que configuran el apoderamiento especial, son principalmente: la designación del bien, derecho o interés sobre el cual el acto ha de recaer, así como el tipo contractual a celebrar. En todo caso, debe producirse una determinación de los actos permitidos y de los bienes a los que puede afectar. Si se trata de un poder conferido en términos generales, la doctrina ha entendido que sólo puede comprender actos de administración de bienes. El contenido de estos actos abarca principalmente la defensa, conservación y custodia de los

⁵¹ Idem, p. 184.

bienes, así como la obtención de sus frutos y rendimientos, según el destino económico de éstos.

Los actos de riguroso dominio o actos de disposición engloban todos aquellas actuaciones por las que se enajenan o transmiten derechos por cualquier título, se grava el propio patrimonio (v. gr., constitución de usufructo o hipoteca), o se renuncia voluntariamente a un derecho. El notario en todo caso examinará la legitimación del apoderado para este tipo de actos, para lo cual no sólo atenderá a la calificación que consta en el encabezamiento del instrumento, sino que deberá estar al alcance de las cláusulas redactadas por el notario autorizante del poder.

Es decir, la especialidad del poder es algo más que la mera calificación formal del acto; radica en la tipificación del bien y de las facultades que sobre él se otorgan. Todo esto sin perjuicio de que el poderdante deje en libertad al apoderado para escoger al contratante, determinar el precio o contraprestación, así como fijar los pactos, condiciones y demás elementos accidentales del negocio.

Es decir, la previsión del poderdante puede agotar el contenido total del acto, pero no es necesario, ni será lo más frecuente. Si lo ha hecho, el notario en todos caso deberá velar porque se cumplan las instrucciones reflejadas en el mismo; en otro caso, se someterá a la determinación del apoderado, siempre que la actuación de este no entrañe un menoscabo evidente al patrimonio del principal, o el acto formalizado incurra en simulación o en fraude de ley.

Existen otros supuestos que sin dudas catalogamos como de poder especialísimo. Es el caso, en el Derecho cubano, de la disposición novena de la Resolución del Ministro de Justicia N° 173 de 20 de septiembre de 2000, que en materia de permutas sobre viviendas, establece que sólo podrán otorgarse poderes para permutar, a aquellas personas que sean parientes del propietario dentro del cuarto grado de consanguinidad, cónyuges o excónyuges o cualquier otro caso debidamente justificado a juicio del notario⁵².

El elemento del parentesco debe ser acreditado documentalmente al notario por medio de las correspondientes certificaciones del estado civil, las cuales deberán ser incorporadas como documentos agregados a la matriz. En el fondo está presente una preocupación del legislador cubano, por evitar a toda costa un uso fraudulento o un exceso en la utilización de los poderes en actos de permuta sobre un bien tan sensible en nuestra sociedad como la vivienda.

En lo personal, considero que el otorgamiento de poderes especiales para permutar no conlleva en sí mismo, ni en el acto representativo final, a la

⁵² Sucede en idéntico sentido con los poderes para administración de automóviles; cfr. la Instrucción 1 de 1994 del propio sector, que regula la necesidad de vínculo hasta el cuarto de grado de parentesco por consanguinidad, así como la acreditación documental de la salida al extranjero del propietario del vehículo, por motivos oficiales, como presupuesto para el otorgamiento de este tipo de apoderamientos.

realización de negocios simulados, fraudulentos ni en fraude de ley. Se trata de un poder que se consume en un solo acto; esto es, la prestación del consentimiento para permutar, acto cuyos elementos objetivos deben quedar preestablecidos por el poderdante en el negocio de apoderamiento, o en su defecto, su eficacia quedaría sometida al imperio de las reglas de la ratificación.

El inciso c) de la disposición novena de la citada Resolución, deja, sin embargo, abierta la posibilidad de otorgar poderes para permutar a favor de un tercero que no reúna los requisitos del cuarto grado de parentesco consanguíneo, segundo de afinidad o la condición de cónyuges, “cuando, sin concurrir ninguna de las circunstancias anteriores, existan causas debidamente justificadas y acreditadas documentalmente”. Salvo estos casos, la autorización del poder quedará subordinada a la aprobación por parte del director provincial de Justicia.

Dediquémosle sólo en unas líneas al comentario de este apartado. Vale decir prima facie que la inteligencia del precepto no es diáfana. ¿Cómo entender la hipótesis condicional “cuando sin concurrir ninguna de las circunstancias anteriores”? Una primera lectura equivaldría a exigir la no existencia de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad respecto al poderdante, extremo cuya veracidad quedará bajo el manto de la declaración del pretenso poderdante. Esta, a mi juicio, es una interpretación excesiva que debe rechazarse.

Un segundo criterio estaría centrado, no ya en la persona del poderdante, sino del representante; preguntándose entonces si sobre éste recae o no la condición del parentesco, para determinar si a pesar de no concurrir este presupuesto, existen circunstancias justificativas para el otorgamiento. Es decir, esta orientación obliga al intérprete a concretar el análisis del parentesco a la persona del apoderado, sin adentrarse en la indagación del campo de parientes del cuarto grado del propietario de la vivienda.

Una tercera interpretación conciliadora de ambos extremos, sería la de entender que el notario procede cuando el propietario no tiene parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o cónyuge, que puedan o quieran ejercer su representación para el acto de permuta. Es decir, que existiendo estos, se vean impedidos de ejecutar la gestión por situaciones de hecho; o simplemente no sea conforme con su voluntad el asumir la condición de representante; voluntad que si bien conocemos no perfecciona el acto, constituye presupuesto del ejercicio del poder.

Considero que esta pauta hermenéutica es la más conforme con el espíritu del autor de la norma, pues sin hacer tabla rasa de los requerimientos subjetivos especiales, tiende a la flexibilización y a la eficacia de la relación jurídica.

Ahora bien, cuando el notario acceda a la formalización del poder, por entender presentes circunstancias justificativas, deberá exigir prueba documental de éstas, de las cuales dará razón e incorporará a la matriz, por tratarse de un requisito esencial. El término circunstancias justificadas es ambiguo y no queda definido

por la norma. Al parecer resulta de libre apreciación por el notario. Sin embargo, en todo caso, el juicio del notario se basará en “documentos” que el precepto silencia.

La exigencia de justificación para el acto, es de por sí, un elemento extraño a la doctrina del apoderamiento. ¿A qué se refiere el precepto cuando utiliza el término “circunstancias justificadas”? ¿A la causa del negocio?; más allá de eso, ¿a la intención del poderdante? Si entendemos la causa como la función económico-social o el fin práctico que las partes persiguen al celebrar un determinado negocio jurídico, puede concluirse que la finalidad del apoderamiento se consume en apoderar; esto es, legitimar al apoderado para la actuación frente a terceros a nombre del principal.

Siguiendo la doctrina dominante sobre la abstracción del poder, la relación jurídica que de él nace, existe y es eficaz con independencia del vínculo subyacente de carácter interno entre mandante y mandatario. De ahí que la noción de causa no reporte utilidad alguna para esclarecer el término legal. Es decir, el negocio de poder se encuentra justificado y nace a la vida jurídica con la declaración unilateral de voluntad del poderdante, sin más, presupuesta la causa, como está, en la manifestación de querer los efectos declarados, sin que quepa preguntarse por la validez del contrato de mandato que le pueda servir de base.

La justificación, entonces, viene a referirse al motivo interno que impulsó al poderdante a elegir al apoderado, visto que en su persona no concurren los requisitos exigidos. La relación representativa se fundamenta en la base de confianza y de fidelidad que entre representante y representado, circunstancias estas que deberán bastar al notario para autorizar el acto; y que en la mayoría de los casos es de difícil, sino imposible, prueba documental.

Esto quiere decir que el poderdante se ve compelido a exteriorizar frente al funcionario, las motivaciones internas que lo llevaron a elegir a esa persona y no a ninguno de los parientes que marca la norma. Y lo que es más, pesa sobre él la carga de proporcionar una prueba escrita que tenga por objeto convencer al notario del elemento personal de confianza que sólo el autor del negocio puede testimoniar.

Huelga decir que el *intuitu personae* que caracteriza al apoderamiento no es sinónimo de vínculo consanguíneo entre los sujetos que intervienen en la relación representativa. La base de confianza viene determinada por elementos de índole psicológica y moral que escapan a su demostración objetiva y quedan en la esfera de decisión interna del poderdante.

Al máximo grado de fiscalización llega el apartado subsiguiente, que pone en manos del director provincial de Justicia la decisión de aprobar el acto cuando no existan las referidas justificaciones documentadas. Esto desmerita la figura del notario, quien por sí mismo es autoridad calificadora suficiente para conformarse un juicio adecuado en la valoración de la necesidad del acto.

Constituye además una injustificada intromisión de este elemento de jerarquía administrativa en una relación jurídica de puro carácter privado.

3.3.2. Interpretación del poder

En el segundo supuesto reseñado⁵³, deberá el notario dictaminar estrictamente sobre la suficiencia o insuficiencia de las facultades. Su labor es típicamente interpretativa. ¿Cuál será el criterio hermenéutico a seguir en sede de apoderamiento? Legalmente, la única pauta con la que contamos es el parco artículo 52 del Código Civil. Este precepto se encuentra ubicado en la Parte General y por tanto, resulta de aplicación no sólo en sede de contratos, sino también en todo tipo de actos jurídicos. No otorga prevalencia a la interpretación subjetiva sobre la objetiva, aunque la refiere en primer lugar, sino que enuncia los criterios y les coloca en un plano de igualdad.

Una interpretación eminentemente subjetiva del poder equivaldría a desconocer las legítimas expectativas del tercero que contrata con el apoderado. El poderdante, por consiguiente, deberá quedar vinculado en virtud de la confianza que la declaración suscita en la esfera jurídica ajena. Pudiera defenderse el procedimiento de búsqueda de la voluntad real del autor, a los fines de la exigencia de responsabilidad en el plano de la relación interna, pero no frente al tercero, a quien no deberá cargársele con el deber de examinar una voluntad que ante él no tuvo lugar, y para lo cual sólo cuenta con el medio instrumental de su exteriorización.

Igualmente pudiera lesionar la confianza jurídica de terceros una interpretación rigurosamente literal de los términos en que fue conferido el poder, si el tercero obra de buena fe, y con la debida diligencia; lo que implica, por supuesto, que no ha podido normalmente conocer la verdadera y real intención del principal. Junto con el de la buena fe, si los términos de la declaración son ambiguos u oscuros, deberá regir el principio *in dubio contra stipulatorem*.

Reviste especial importancia la regla de conservación del negocio jurídico, propia también de la interpretación objetiva, que impone darle a la declaración el sentido más coherente y favorable con la validez y eficacia del negocio proyectado por el poderdante y concluido entre representante y tercero.

Todas estas pautas deberá tener en cuenta el notario, previo al otorgamiento de la correspondiente escritura, sin descuidar, por supuesto, el elemento sistemático que lo obliga a examinar el conjunto de las cláusulas como un todo indivisible a fin de lograr el justo equilibrio de los intereses en juego.

En el caso de los poderes especiales, no se planteará mayores problemas sobre la identificación del acto, pues habrá sido otorgado a ese solo efecto (*in claris non fit interpretatio*). La dificultad pudiera provenir de los llamados poderes generales, en virtud de los cuales el apoderado se encuentra en una posición jurídica que lo habilita frente a terceros para administrar o gestionar bienes o

⁵³ Vid. 3.3. in fine.

asuntos del poderdante, sin especificación de actos. La labor calificadora del notario adquiere en esta sede una especial dimensión, pues tendrá que calificar rigurosamente el acto que ante él se pretende celebrar⁵⁴.

¿Cómo consignar el juicio de suficiencia en el instrumento?

3.3.3. Modos de reseñar el documento del que la representación resulta. Valor del juicio del notario sobre la suficiencia de las facultades

A.- Inserción en el cuerpo del documento, total o parcialmente, de las facultades de representación conferidas.

Significa esto que el notario transcribirá el documento en cuestión o parte de él, aseverando que en lo omitido no hay nada que lo amplíe, restrinja, modifique o condicione lo transcrito. Considero que es innecesario realizar la transcripción de las cláusulas del instrumento de poder; pues se trata de una convicción propia del notario y no de terceros; por lo que estos deberán confiar en el juicio notarial y en su significación para el tráfico jurídico; sin perjuicio de su derecho de exigir del apoderado la presentación del documento.

B.- Incorporarlo a la escritura matriz y anexarlo a la copia que de esta se libre.

De este modo no será necesario que el notario transcriba su contenido, sino que sólo dará fe de su presentación y del hecho material de haberlo adjuntado a la matriz como documento agregado. Sin embargo, la calificación de la suficiencia del poder será un acto implícito en la autorización por parte del notario, del negocio representativo.

Apunta Giménez Arnau⁵⁵ que “el instrumento en el que no se hace la expresión del documento en que funda sus poderes el representante (...) es defectuoso: lo que sucede es que al acompañar a la copia el documento que acredite satisfactoriamente la representación alegada, el defecto o la omisión queda simultáneamente subsanado y la escritura otorgada por representación produce todos sus efectos”.

Sin embargo, considero que el juicio de suficiencia del notario tiene un valor jurídico per se, consistente en establecer una presunción de legitimación del apoderado mientras no sea desvirtuada judicialmente por prueba inequívoca en contrario. La convicción del notario crea un estado jurídico de certeza frente a los terceros que no puede equipararse ni a la mera reproducción del tenor literal del apoderamiento, ni a su presentación como documento adjunto.

⁵⁴ Piénsese, por ejemplo, en los actos de descripción de obra nueva, remodelación y ampliación de una vivienda, en los que nada se transmite sino que se trata de procurar una ventaja jurídica al titular.

⁵⁵ Giménez Arnau, Enrique, Derecho Notarial, Ediciones Navarra, S.A., Navarra, 1976, p. 552.

C.- Presentación y calificación.

El notario en este caso, examina la validez del apoderamiento, tanto en su aspecto sustantivo, como formal; y llega a conclusiones sobre la pertinencia jurídica del acto que se pretende celebrar como representativo. Podrá el notario hacer una reseña breve de las facultades conferidas y calificar su suficiencia sin necesidad de anexarlo a la matriz, ni de acompañarlo a la copia de la escritura que se otorgue.

No considero que la calificación del notario sea vinculante para el tercero, quien podrá entender que el negocio no está contemplado en el contenido habilitante del apoderamiento, y negarse a contratar. No será éste el supuesto común, sino el de la sumisión del tercero a la calificación notarial, que bastará para asegurar su situación jurídica contra eventuales alegaciones de exlimitación por parte del dominus.

Si resulta que es el tercero quien pretende desvincularse sobre la base de una calificación errónea del notario, se dirá que una tal posición es improcedente en virtud del principio que prohíbe el venire contra factum proprium. La formalización u otorgamiento de la escritura por el tercero será un *facta concludentia* por el cual éste acepta la determinación notarial sobre la suficiencia de las facultades.

Si bien esto es así, como una medida de protección al principal, deberá dejársele expedita la vía judicial para impugnar o desvirtuar la presunción de exactitud del juicio de calificación notarial, cuando el funcionario incurrió en impericia notoria o error evidente; o cuando el tercero debió conocer, con el empleo de una diligencia media, el mal uso de las facultades por parte del apoderado.

D.- Mera presentación.

La simple presentación del documento sin formulación del juicio de suficiencia no debe ser admitida, en cuanto deja desprotegidos a los terceros de la fuerza especial que proyecta la fe pública sobre los efectos del acto formalizado. Se diría que la autorización de la escritura tiene como presupuesto la actividad interpretativa del notario; pero considero que las exigencias naturales del tráfico y el destino ulterior del documento (piénsese, por ejemplo, en los Registros Públicos) impone dotarlo de plena fehaciencia; lo que no sucede en la simple mención notarial de habersele presentado al notario el título jurídico del apoderamiento.

3.3.3.1. Posición de la legislación notarial

Nuestra Ley de Notarías no contiene pautas formales expresas en este sentido; por lo que la labor creadora del notario adquiere importancia. El artículo 59 del Reglamento notarial dispone que “el notario, en estos casos, dará fe de haberlos tenido a la vista y se asegurará de las facultades que en dicho poder o contrato se confieren para realizar el acto, sin necesidad de transcribirlas en el documento notarial”.

De la expresión subrayada se infiere una actuación del notario encaminada al examen de las facultades contenidas en el poder. Es decir, con carácter previo se establece la necesidad de que el notario forme convicción favorable a la suficiencia de las facultades, como presupuesto de la autorización del instrumento. Si bien no establece una formulación especial del referido juicio de calificación, el espíritu del precepto no es ajeno a esta elemental exigencia de validez del instrumento. Si es tarea del notario apreciar la legitimación de las partes, con mayor razón está obligado a apreciar la de los representantes.

El modo de consignar este extremo en el documento, aunque no explícitamente regulado, considero que es el de reseñar los datos identificativos de la escritura de poder (funcionario autorizante, fecha del otorgamiento y número del instrumento) y calificar la suficiencia de facultades. Si bien no se exige una fórmula sacramental al efecto, su omisión es improcedente, debiendo aparecer las razones en las que el notario funda un juicio favorable a la suficiencia.

La práctica de los despachos notariales cubanos revela una omisión del juicio de suficiencia de poderes en la formalización del acto representativo. Debemos tener presente que no se trata de la consignación del modo de concurrencia ni la declaración que bajo juramento realiza el apoderado sobre la vigencia y actualidad de las facultades de que se halla investido.

El asunto no es de subsistencia, para lo cual basta al notario, la referida declaración y cuya congruencia con la realidad material escapa al manto de la fe pública; sino de suficiencia, extremo que asegura el notario en su condición de profesional y fedatario y que goza de la cobertura de la dación de fe.

Considero que el notario deberá hacer constar el referido juicio de suficiencia, en la parte correspondiente a la comparecencia del instrumento, después de reseñar los datos identificativos de la escritura de poder, con una fórmula que asegure a los terceros contratantes, que el acto que se formaliza se encuentra previsto por el poderdante, y por tanto, que sobre su persona recaerán sus efectos.

Pudiera el notario realizar una síntesis de las facultades conferidas, pero por las mismas razones de innecesariedad de la transcripción, no considero que esto revista particular importancia, bastándole con afirmar que después del examen del documento, el compareciente a su juicio, se halla legitimado para actuar.

3.3.3.2. Calificación notarial versus calificación registral

Para aquilatar con mayores argumentos el valor del juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades de representación, he considerado en extremo interesante la exposición del criterio de la Dirección de los Registros y del Notariado de España, fundamentada en su Resolución de 26 de abril de 2002, en respuesta al recurso interpuesto por un notario de León contra la negativa del registrador de la propiedad, a inscribir una escritura de compraventa⁵⁶.

En dicha escritura se expresa que la compareciente “se encuentra facultada para este acto por escritura de poder especial, otorgada por el Administrador Único, Don Ángel López Pérez, ante mí, el día 23 de noviembre de 2001, número 3.239 del protocolo, el cual me asevera vigente. Copia autorizada del citado poder he tenido a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el contrato que se instrumenta en esta escritura”.

El registrador suspende la inscripción de tal escritura, “por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados”, ya que, a su juicio, el documento del que resulta la representación alegada debe ser unido a la matriz, original o por testimonio, por exigirlo el artículo 98 de la Ley 24/2001 y el 18.1 de la Ley Hipotecaria.

Si bien no existe jurisprudencia sobre el tema en nuestro contexto jurídico, la utilidad de este análisis es evidente si entendemos que tanto la legislación notarial como la registral cubanas se encuentran imbuidas por los mismos postulados y exigencias de actuación. En concreto, el principio de calificación registral aparece recogido en el artículo 12 de la Resolución N° 249 de 7 de octubre de 2005, “Normas y Procedimientos para la Nueva Organización del Registro de la Propiedad”. La calificación del título notarial por el registrador, comprenderá “la competencia del notario actuante, el cumplimiento de las formalidades para su autorización y la legalidad del acto de que se trate...” El juicio de suficiencia es una formalidad del documento que incide, por supuesto, en la legalidad del acto, al referirse a la legitimación del apoderado para obrar válidamente.

Posición del registrador de la propiedad.

Que el juicio notarial de suficiencia de la representación no vincula ni a las partes ni a los terceros, así como carece de toda fuerza vinculante frente al Poder Judicial y las Administraciones Públicas. No puede vincular ni en consecuencia perjudicar al poderdante, porque no ha comparecido y desconoce el otorgamiento –res inter alios acta- lo contrario sería reconocer al juicio notarial de suficiencia una eficacia que el ordenamiento no atribuye a juicio alguno, ni siquiera a la misma sentencia judicial. Que tampoco puede perjudicar al que contrata con el apoderado, y defender otra cosa exige privar a la contraparte de

⁵⁶ Tomado de BOE para Notarías, Registros y Sociedades, en www.notariosyregistradores.com, consultado en 28 de enero de 2006.

la facultad, que hoy tiene, de revocar el negocio celebrado sin poder o con poder insuficiente mientras no sea ratificado por el dominus.

Que, todavía peor, todas estas consecuencias serían fruto no de juicio jurisdiccional sino notarial, esto es, administrativo, al que se reconocería, sorprendentemente, entre partes, una eficacia equivalente a la de la cosa juzgada e incluso superior a ésta cuando se trata de terceros, puesto que les vincularía directamente, situación esta sin parangón en el Derecho conocido.

Que el negocio otorgado sin poder o con poder insuficiente, por mucho que el notario haya dado fe de la representación, sigue siendo un negocio claudicante y, porque no es firme sino ineficaz frente al poderdante, revocable por la contraparte e impugnabile por los terceros, adolece de defectos y es, por tanto, ininscribible. Que el juicio de suficiencia del notario no basta por sí solo para acreditar la representación si no se incorporan a la matriz cuando lo exija la ley los documentos complementarios justificativos; pues en otro caso, podría defenderse el absurdo de que el reconocimiento que hace la nueva Ley del juicio de suficiencia del notario habría derogado bloques legislativos enteros de nuestro ordenamiento jurídico.

Que con razón la jurisprudencia viene entendiendo que los documentos públicos notariales no tienen valor superior a otras pruebas; por lo que, por sí solos no bastan para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando sólo respecto del hecho de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto del contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas. Las manifestaciones que contienen los documentos notariales sólo garantizan el hecho de haberse realizado ante el fedatario, no su concordancia con la realidad, las que pueden ser combatidas en cuanto a su veracidad y desvirtuadas por los demás medios probatorios.

Que, en efecto, el juicio de suficiencia, aunque no vincule al poderdante, a los terceros ni a la contraparte, a jueces ni a las Administraciones Públicas, no por ello carece de trascendencia jurídica.

Posición del notario recurrente.

Que las Cortes Generales han determinado que es bastante, a todos los efectos, un juicio de suficiencia de las facultades representativas y que este le compete a un funcionario que es el notario, añadiendo, además, con una claridad meridiana, la forma en la que ha de documentarse ese juicio, esto es mediante una simple reseña y no incorporando ni insertando en el cuerpo de la escritura, como se hacía hasta el momento, el documento fehaciente que recogiera la representación conferida.

Que la consecuencia de la reseña y del juicio de suficiencia es hacer fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, en cuyo caso cualquier destinatario del documento público habrá de estar al juicio de suficiencia del notario, en circunstancia que no impide que éste, como le ocurre a cualquier otro juicio o

decisión de un funcionario –incluido el del Ilmo Sr. registrador- pueda ser revisado en los términos legalmente previstos por los órganos jurisdiccionales. Que, por tanto, es una presunción iuris tantum que, en tanto no sea destruida por una sentencia en contra, produce todos sus efectos.

Que compete al notario el juicio de suficiencia de las facultades representativas que deberá reseñar en el instrumento público, haciendo fe suficiente tal reseña de aquel juicio que al incluirse en el instrumento público se refuerza, si cabe, por la presunción de integridad y veracidad de que goza éste, de modo que nadie puede desconocer el citado juicio de suficiencia de dichas facultades representativas.

Que, la ley ha atribuido en exclusividad el juicio de suficiencia de las facultades representativas al notario, tal apreciación debe hacerse constar expresamente y con reseña en el documento público en que se haya basado, sin necesidad de acompañar a éste los documentos fehacientes que acrediten la representación para que sean examinados por terceros, sean estos ajenos al negocio que se documenta u otros funcionarios. Y, además, al estar incluida tal valoración en el instrumento público, la misma se encuentra bajo la fe del notario que se halla al amparo de los Tribunales, por cuanto el documento público goza de una presunción de integridad y de veracidad, no pudiendo ser negada sin incurrir en responsabilidad conforme al artículo 143 del vigente Reglamento Notarial.

Que los registradores tienen indudablemente una función calificadora, para lo que deben atenerse a la propia escritura pública que se pretende inscribir, pues pretender juzgar el contenido de las escrituras al margen de las mismas, pidiendo documentos diferentes y que les sirven de base, no es calificar las escrituras públicas “por lo que resulte de ellas”, que es exactamente lo que dice el artículo 18 de la Ley Hipotecaria coordinado con el artículo 98 de la Ley 24/2001, sino algo muy distinto, ampliar contra legem el ámbito de la tarea calificadora respecto de un aspecto atribuido a otro funcionario, máxime, si como ya se ha expuesto, se presume veraz e íntegro el documento público, incluida la reseña en la que se contiene el juicio de suficiencia de las facultades representativas.

Que es evidente que el juicio del notario, como el juicio del registrador al inscribir, es siempre un juicio sujeto a revisión, ya que puede adolecer de cualquier defecto (precisamente por ello, existe un sistema de recursos judiciales y extrajudiciales para restablecer la verdad jurídica en aquellos supuestos en que ha intervenido un notario o un registrador), pero por otra parte, lo anterior no quiere decir que determinados actos no tengan una presunción de legitimidad que les haga valer mientras no sean destruidos por los medios jurídicos adecuados, que en el caso de los documentos públicos es el recurso a la vía judicial, de la misma manera que sucede con la calificación registral.

Posición de la Dirección de los Registros y del Notariado.

La calificación del registrador no puede ser confirmada, toda vez que, de un lado, no existe ninguna contradicción entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades de la apoderada y el contenido de la escritura, y por otra parte, del

propio título resultan los elementos necesarios para que el registrador pueda cumplir con su función calificadora.

Que la reseña del documento auténtico, y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. La reseña tiene por objeto los datos de identificación del documento auténtico. Es la narración de un hecho. En cambio, la valoración viene referida a la suficiencia de las facultades representativas y es un juicio que el notario emitirá, bajo su responsabilidad, si tras examinar el documento auténtico, considera que las facultades en él contenidas son suficientes para el otorgamiento del documento notarial en congruencia con los actos o negocios que en él se formalizan.

El registrador debe seguir realizando su función calificadora ateniéndose a lo que resulte de la escritura y de los asientos del Registro. Por ello, debe comprobar, si en la escritura figuran la reseña de los datos identificativos del documento de representación y la valoración de la suficiencia de las facultades en congruencia con el contenido de la propia escritura y del Registro.

Si el juicio notarial resulta incongruente o contradictorio por el contenido de la escritura debe el registrador denegar la inscripción de ésta, tratándose de representación, si la reseña es errónea, o la valoración de la suficiencia de las facultades resulta contradicha por el contenido de la escritura o de los asientos registrales. Por el contrario, cuando el notario, de conformidad con las exigencias del artículo 98.2 haya hecho la reseña, somera pero suficiente, de los datos identificativos del poder, así como la valoración de la suficiencia de las facultades representativas del apoderado, y la apreciación notarial no resulte contradicha en los términos indicados anteriormente, el registrador deberá atenerse a lo dispuesto en el citado artículo 98.2 que atribuye a la reseña y a la valoración la virtualidad de hacer fe suficiente de la representación acreditada.

La expresión por parte del notario de que a su juicio, son suficientes las facultades representativas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera eximirá al registrador de realizar mayores averiguaciones al respecto, y no podrá exigir como documentación complementaria la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total en la escritura, de las facultades representativas.

El rigor que debe siempre exigirse a toda actuación notarial por su trascendencia, hace recomendable rechazar la expresión lacónica de juicios de suficiencia sin una referencia concreta a la razón o razones en que el notario basa su apreciación. De ahí que cuando el notario asevere la suficiencia del poder deba hacerlo por referencia expresa a su contenido en congruencia con el de la escritura que autoriza. Esta concreción podrá hacerla el notario apoyando su juicio o valoración en una referencia o relación de la esencia de tales facultades o en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso.

3.4. El juicio sobre la actualidad de las facultades de representación

Es unánime la doctrina en reconocer el carácter abstracto de la figura del apoderamiento, es decir, su desvinculación de la relación jurídica interna o contrato de mandato, que podrá existir o no entre poderdante o apoderado; llegándose en la dogmática moderna a proclamar el principio de la extinción independiente del poder.

Afirma Roca Sastre⁵⁷ que “si el poder nace sin consideración a la existencia jurídica de su causa, su subsistencia tiene que ser también independiente de la relación causal. Los requisitos de extinción del poder se determinarán según criterios independientes, deducidos de la naturaleza de la relación de apoderamiento. La función propia del poder, dirigida al exterior, exige una resolución independiente de la existencia de la relación interna constituida entre poderdante y apoderado”.

Sin embargo, el artículo 414, apartado segundo, de nuestro Código Civil reconduce la cuestión de las causas de extinción del poder a las propias del mandato; entiéndanse aplicables análogamente: la revocación, la muerte, ausencia o incapacidad de poderdante o apoderado y la celebración del acto o actos para los cuales fue conferido.

Estos extremos de hecho se aseguran por medio de la declaración bajo juramento y apercibido de la responsabilidad penal en que incurriere el compareciente de faltar a la verdad, relativa a que ninguna de estas circunstancias ha acontecido en la realidad; manteniéndose por tanto, vigente el negocio de apoderamiento. Esta declaración se consigna en la parte correspondiente a la comparecencia del instrumento.

La subsistencia del poder descansa particularmente en la misma causa que le dio origen: la voluntad del poderdante como fundamento de su vinculación patrimonial por la actuación jurídica del representante. La revocación es una declaración unilateral de voluntad de naturaleza recepticia, por lo que para que se perfeccione y surta efectos, deberá llegar a conocimiento del apoderado, quien, si no es notificado de ella, continuará actuando válidamente frente a los terceros a nombre de aquél.

Ahora bien, el juicio que sobre la vigencia de las facultades de representación realiza el notario es un juicio de referencia, basado en la declaración del apoderado. No existe en nuestro sistema jurídico un Registro de Revocaciones, que permita fundar jurídicamente un juicio de notoriedad en este sentido.

Por consiguiente, es pobre la colaboración que en esta materia ofrece la práctica notarial cubana a la seguridad jurídica. Sin embargo, considero que se ganaría en ella en la medida en que el notario exigiera del compareciente, la aportación de

⁵⁷ Roca Sastre, Ramón M., Estudios de Derecho Privado, vol. I, Obligaciones y Contratos, s. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 407.

una copia actualizada de la escritura de poder; la que sólo podrá otorgarse si el mismo no ha sido revocado, o con mayor precisión, si no consta nota marginal de revocación en la matriz del instrumento⁵⁸.

Por supuesto, si se demuestra la mala fe de los terceros, entendida esta como conciencia sobre la extinción del apoderamiento, y a pesar de la referida declaración formal en la comparecencia, el acto instrumentado no vinculará la esfera jurídica del poderdante.

3.5. Concurrencia de sustitutos

La regla general que establece la permisibilidad de sustitución en el contrato de mandato se recoge en el artículo 407 del Código Civil, principio aplicable por analogía al negocio de apoderamiento, aunque en este último la institución reviste caracteres peculiares, teniendo en cuenta el modo de realizarse la previsión del principal y el alcance de la actuación del gestor.

La sustitución en el poder es el acto jurídico por medio del cual el apoderado hace entrar a un tercero en la relación jurídica derivada del negocio de apoderamiento. Para que esto sea posible, es menester que el poderdante haya facultado al apoderado en la propia escritura de poder para el nombramiento de sustituto, es decir, la sustitución ha sido prevista por el dominus como acto representativo.

No sucede así en el contrato de mandato, en el cual la sustitución siempre será posible, salvo manifestación en contra del mandante –artículo 407 del Código Civil. Para que pueda hablarse de sustitución, coincide con Roca Sastre⁵⁹ en que hay que estar en todo caso apoderado para apoderar, y que el único que podrá nombrar representante para el dominus será el dominus mismo, actuando personalmente o a través de una persona con poder bastante para ello. “Si el poder permite al apoderado un acto representativo consistente en un apoderamiento, será el mismo dominus quien habrá hecho el nombramiento. En todo caso, la sustitución del apoderado se apoyará en la voluntad del poderdante y en nada más. En principio, pues, el único concepto admisible, en cuanto a la posibilidad de que el representante sustituya el poder, es el de estar concedido un poder para apoderar, es decir, que el acto de nombrar sustituto sea representativo del dominus”.

El sustituto es representante del principal o dominus. Su nombramiento ha sido previsto por éste en la escritura de poder. De este modo, su actuación produce efectos inmediatos en la esfera jurídica del poderdante. Por lo dicho, el notario

⁵⁸ El notario que autorice la revocación de un poder, deberá remitir comunicación a aquel a cuyo cargo obre el protocolo donde ese encuentra la matriz de la escritura de poder, a los efectos de que el mismo consigne nota marginal de la revocación, y se abstenga por consecuencia de la ulterior expedición de copias del instrumento, artículo 69 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales.

⁵⁹ Roca Sastre, Ramón M., Estudios..., I, cit., pp. 436-438.

exigirá del sustituyente, no sólo el instrumento contentivo del acto de sustitución, sino también la escritura de poder, con el fin de verificar si realmente, el principal ha conferido facultad de sustitución. Acierta el autor citado cuando sostiene que “en el poder, o bien el sustituto representa al dominus, o no cabe hablar de sustitución”⁶⁰. Así, la sustitución surtirá los efectos representativos que se pretendían.

El notario hará mención en la comparecencia, de que el sustituto concurre a nombre del poderdante o principal, especificando que las facultades representativas de que se haya investido las deriva directamente del acto de sustitución formalizado por el sustituyente, y asegurará que este último ha obrado dentro de los límites del poder previamente conferido. Se trata en este supuesto de una “sustitución propiamente dicha” o “transferencia de poder”, por medio de la cual el primitivo apoderado queda fuera de la relación jurídica, siendo subrogado por el sustituto.

Podrá pensarse que al fedatario que formaliza el acto representativo bastará con la aportación de la escritura de sustitución, sin necesidad de exigir la de poder, y de este modo ofrecerá un juicio de calificación jurídica que el notario autorizante de ella ha realizado. Sin embargo, muchas veces la cuestión hermenéutica no será pacífica, en el momento de determinar si se trata de una sustitución en sentido propio, o de un subapoderamiento o delegación de facultades. Por lo visto, considero necesario, a fin de reforzar la eficacia jurídica del acto y los intereses de las partes materiales (poderdante y tercero), un doble juicio de suficiencia de facultades con respectivas y expresas calificaciones sobre el alcance de la actuación del compareciente al acto representativo.

En el juego de los principios de la intransferibilidad de la confianza –que impone la necesidad de que se realice la gestión representativa personalmente por el apoderado; y el de la fungibilidad del representante que tiende a la máxima eficacia práctica, prevalece este último si de las circunstancias concurrentes no se deriva un interés directo del poderdante en la actuación personalísima de aquel.

Esta apreciación corresponderá al intérprete del poder –el notario– quien dado el caso, procederá a autorizar la escritura de sustitución consignando en las advertencias del instrumento, que el referido acto no implica, ni transferencia de poder, ni subapoderamiento, constituyendo una mera sustitución en la relación interna, hecha por el mandatario al amparo del artículo 407.1 del Código Civil o de un apoderamiento personal del sustituyente del cual responde frente al poderdante.

Para que en este supuesto, el sustituyente obre con facultades de representación, es menester que el principal ratifique el acto de sustitución que el apoderado celebró con extralimitación de facultades. Sólo en este caso, podrá el notario configurar la actuación del sustituto como verdadera gestión representativa.

⁶⁰ Idem, p. 437.

Tanto en la escritura de sustitución en sentido propio, como de subapoderamiento, el apoderado deberá estar facultado para sustituir. Recordemos que en ambos casos el sustituto se inviste de auténticas facultades de representación con efectos directos para el dominus. Sólo se entenderá autorizada la primera figura mediante expresa concesión de facultades por el poderdante; de lo contrario, el notario autorizará una escritura de subapoderamiento, en la cual apercibirá al compareciente de que la vida jurídica del acto se subordina a la subsistencia del primitivo poder, y al no ejercicio de la facultad de revocación por el apoderado sustituyente, así como que él no se desvincula de su relación jurídica con el principal.

En ambos casos el notario hará expresa mención de las facultades que se transfieren o delegan, velando siempre porque se respeten los límites objetivos del poder. Si se trata de sustitución propia, advertirá al compareciente que a partir del otorgamiento, queda desvinculado con carácter irrevocable, del negocio con el dominus. Igualmente es objeto de advertencia, el imperativo de hacer conocer al destinatario de la declaración de voluntad (el sustituto) que ésta ha tenido lugar.

Si el poderdante ha determinado la persona de los sustitutos, una designación contraria a esta equivaldría a sustitución no autorizada, y por tanto, nula. Esta sería una pauta para colegir voluntad favorable a la sustitución propia o transferencia de poder. Si el principal ha previsto la sustitución sin indicación de del sustituto, considero sólo viable el subapoderamiento; respondiendo el apoderado por la gestión derivada de una elección negligente.

La práctica notarial ha demostrado el uso de esta figura para dulcificar los rigores derivados de la tajante prohibición del autocontrato del artículo 63 del Código Civil⁶¹. Es decir, nos encontramos con una escritura de poder en que el poderdante ha conferido facultad para autocontratar al apoderado. La sustitución a favor de un tercero vendría a ser el recurso salvífico de la eficacia tanto del poder como del acto que se pretende celebrar. De este modo, en la escritura comparecería el sustituto y la persona del apoderado, obrando a nombre propio.

Esta fórmula no se encuentra del todo, exenta del enjuiciamiento sobre su validez. Un primer criterio la condena dando por supuesta una contravención indirecta o de segundo grado, respecto a la prohibición del artículo 63 del Código Civil. Es decir, se trataría de un fraude de ley: la realización de un acto aparentemente lícito para desconocer la aplicación de una norma imperativa. Por otro lado, la propia escritura de poder sería un acto en sí mismo nulo, porque su finalidad atenta contra una expresa prohibición del ordenamiento jurídico. El resultado de este razonamiento conlleva a la necesidad del otorgamiento de un nuevo poder por parte del principal, previa declaración de nulidad del apoderamiento previo.

⁶¹ Fuera de esta sede, queda el análisis de la conveniencia de lege ferenda, de instrumentar la validez del autocontrato, siempre que no exista conflicto de intereses, lo que se eliminaría con la autorización especial de autocontratar por parte del poderdante.

Una segunda orientación defiende la idea de la validez de ambos actos (poder y sustitución), con base en tres argumentos muy atendibles. El primero es el relativo a la eficacia práctica de la gestión, lo que no implica franquear el autocontrato, sino permitir la gestión del sustituto sin merma de la validez de los actos ya celebrados. Razones de orden práctico, de economía jurídica y de seguridad del tráfico, aconsejan abstenerse de complicados procesos de nulidad, cuando de hecho la sustitución se fundamenta en una expresa y voluntaria previsión del dominus. El carácter fungible de la actuación del apoderado ha sido expresamente reconocido por el poderdante.

La segunda razón se basa en que la nulidad es un remedio in extremis, al que sólo se acude cuando de otro modo no puede salvarse la lesión al ordenamiento jurídico. La nulidad es el último grado de ineficacia, que implica una tacha total de inhabilidad del acto para su existencia jurídica. Sólo se aplica esta sanción en caso de violación frontal de una norma prohibitiva. Señálese además que aunque sin dudas estamos frente a una norma imperativa del Código Civil, ésta debió ser dispositiva, teniendo en cuenta que el interés jurídico protegido es puramente individual, y por tanto, renunciable por voluntad expresa del principal.

Por último, una razón de orden técnico y de estricta interpretación del precepto en cuestión, asentada en la diferencia de los términos apoderamiento y representación. El primero es el acto de concesión de facultades; la segunda, es el ejercicio efectivo de éstas. Lo que prohíbe la norma del artículo 63 del Código Civil es que el representante actúe, que realice actos jurídicos que entrañen autocontrato. Es decir, lo que es nulo es el ejercicio de la representación y no el apoderamiento o sustitución.

Ahora bien, considero de todo punto inadmisibles, la comparecencia al acto representativo, por el apoderado, de una parte, y un tercero, a quien el apoderado ha otorgado a nombre propio y en su interés, facultades de representación. Esta idea desnaturaliza la esencia de la representación voluntaria, que radica en la imposibilidad de hecho, no de Derecho, de que el poderdante se ocupe por sí mismo de sus propios asuntos.

La defensa del propio interés debe prevalecer sobre el ajeno, y el sentido de la representación es la utilidad de proveer a otro para "hacer las veces" del poderdante, cuando por circunstancias de lugar y tiempo u otro impedimento de hecho, no podemos concurrir. Este supuesto sí que entraña evidente fraude de ley, pues dejaría en libertad al apoderado para designar a un representante de su interés que procuraría en todo momento, las temidas ventajas con mengua para el patrimonio del principal.

3.6. Actuación del notario en situaciones especiales

3.6.1. Intervención sin poder o con poder insuficiente

Nuestra legislación no contiene normas especiales que regulen cómo deberá proceder el notario cuando ante él comparece un sujeto alegando actuar a nombre de otro que no le ha conferido poder, o que, previamente conferido, sus facultades no comprenden la realización del acto que pretende celebrar.

Desde el punto de vista sustantivo, se admite que un tercero interfiera en la esfera jurídica de otro siempre que actúe en beneficio del principal y animus aliena negotia gerendi. Esta figura de la gestión sin mandato se encuentra reconocida en los artículos 416 al 422 del Código Civil. Los efectos del acto concertado con el gestor se subordinan a la *conditio iuris* de la ratificación. Con ella, el dominus se apropia y hace suyo el negocio desde que se celebró (*ex tunc*).

¿Por qué, entonces, debe el notario abstenerse de formalizar el acto del gestor? El artículo 59 del Reglamento notarial dispone cómo debe actuar el fedatario en la situación típica y normal de preexistencia del poder y uso adecuado del mismo; no impone la obligación de exigir el documento contentivo del apoderamiento para poder formalizar el acto de quien dice actuar en interés de otro; pues ésta no es materia del Derecho Notarial, sino del Derecho Civil. La legislación notarial, omisa en cuanto al cómo (silencia las pautas que deberá observar el notario en la instrumentación de la gestión de negocios), no debe ser óbice en el qué de la actuación notarial, que será siempre recepcionar esta institución, y para ello, tendrá que crear los moldes procedimentales adecuados.

Mientras esto no ocurra, la labor creadora del notario se orientará hacia la búsqueda de esquemas formales adecuados a la realidad jurídica sustantiva, que permitan asimilar las instituciones del Derecho Civil sin mengua del principio de seguridad jurídica. Como acertadamente destaca Vallet⁶² “hoy, muchas veces, el notario se adelanta al legislador en el hallazgo de soluciones, formulaciones jurídicas y nuevas instituciones que brinda a la sociedad en la que vive. Y, siempre, el Notariado ha ayudado al legislador estimulándole, aportándole y ofrendándole su conocimiento de la realidad y su experiencia para la formulación más adecuada de nuevas soluciones legislativas o para la realización de las reformas legales precisas”.

Nótese que en este supuesto, no se le pide al notario la conformación de figuras contractuales atípicas o el diseño de nuevos efectos jurídicos adaptados a la voluntad siempre cambiante del autor del negocio. De lo que se trata es de que no se abstenga de actuar ante la oportuna gestión de asuntos sin previo mandato, so pretexto de la orfandad adjetiva de la Ley de Notarías de 1985. esta

⁶² Vallet de Goytisolo, Juan B., “La labor configuradora de los notarios”, en Revista escritura pública (www.elnotariodelsigloXXI.com), página visitada en 27 de enero de 2006.

incapacidad del legislador para adecuarse al Derecho sustantivo debe conducir al notario a idear soluciones formales viabilizantes.

En este sentido, el notario consignará en las advertencias legales que la eficacia del acto queda sujeta a la subsiguiente ratificación. El que actúa con poder insuficiente o sin poder no vincula la esfera jurídica del principal sino que compromete su propio patrimonio mientras no recaiga sobre el acto, ratificación del dominus.

Considera Roca Sastre⁶³ que en cuestión de ratificación, no se trata de otra cosa que de un apoderamiento a posteriori. “Por tanto, todas las razones existentes para admitir el poder a priori, existen para admitir la ratificación; y aún con más fundamento, porque se trata de un negocio jurídico ya realizado que hay que procurar salvar, mediante normalizar la situación de pendencia en que el mismo se encuentra”. Y más adelante, sostiene la posibilidad de que “aun dentro de la esfera de los actos de riguroso dominio, pueda ser suplida por la ratificación la falta de apoderamiento previo”.

Sin embargo, la fuerza retroactiva convalidante de la ratihabio, no puede convertir en válido lo que de otro modo ab initio, no hubiere sido objeto de poder especial. Me refiero a los supuestos de exigencias legales de legitimación (v. gr., Resolución 173/00). De ahí que el notario deba proceder como actividad previa a la formalización de la escritura, a un examen de los requisitos de legitimación exigidos; y sólo proceder en caso de darse las condiciones requeridas.

A favor de la asimilación de la figura por vía notarial, reafirma Giménez Arnau⁶⁴ “la existencia real e innegable de mandatos verbales, de la gestión de negocios ajenos, y de múltiples casos de urgencia que plantea la realidad de cada día en el ejercicio profesional en los cuales, en la mayoría de las ocasiones un documento incompleto, pero fácil de completar, se impone por encima de las perfecciones técnicas del instrumento público como un sagrado deber de asistencia profesional que el notario debe prestar; es, si no presta esa asistencia, cuando incurrirá en grave responsabilidad legal y moral.”

El cauce instrumental que señala la doctrina para la ratihabio es la llamada Adhesión; acto que puede tener lugar en escritura independiente —en cuyo caso será necesario consignar nota marginal en la escritura principal —o mediante Diligencia de Adhesión ratificadora, en el cuerpo mismo de la matriz para salvar la unidad formal del negocio.

En ambos casos se trataría de un acto jurídico independiente del negocio principal, respecto del cual deberán cumplirse los requisitos de validez del instrumento (identificación del notario y compareciente, juicios de identidad y capacidad, disposición, otorgamiento y autorización). La unidad del acto es

⁶³ Roca Sastre, R. M., Estudios..., I cit., p. 471.

⁶⁴ Giménez Arnau, E., Derecho..., cit., p. 550.

igualmente referible a cada negocio en particular, aunque la ratificación se haga constar mediante diligencia de adhesión en la escritura del acto que convalida.

La doctrina mayoritaria tiende a considerar al acto pendiente conditione, como anulable, como negocio incompleto o en vías de formación, en espera del efecto sanatorio que trae consigo la ratificación. Del artículo 422 del Código Civil se colige que es ineficaz el acto del falsus procuratur que no es ratificado por el principal. El tercero contratante será titular de una acción de contenido resarcitorio, y nunca de la acción directa de cumplimiento de la obligación. Sin embargo, no se pronuncia la ley por el tipo de ineficacia de la actuación del gestor.

Entiende Roca Sastre⁶⁵ que si falta la ratificación, el negocio entre el gestor y el tercero es ineficaz, de nulidad radical o de inexistencia. “De esta manera, resulta que el contrato que se pretendía celebrar sin poder, es un negocio nulo, tanto para el dominus, como para el tercero, como para el gestor”. Esto se funda en la falta del elemento esencial del consentimiento para la constitución del acto.

Como una medida de seguridad jurídica del propio documento que autoriza, podrá el notario establecer para la ratificación, el plazo de vigencia de que habla el artículo 420 del Código Civil, pues si bien es una carga que el precepto pone a disposición del tercero, corresponde al fedatario, por imperativo de su propia investidura, dotar al documento del grado de certeza jurídica necesario para que produzca plenos efectos en el tráfico.

3.6.2. Representación no acreditada

En este caso, el compareciente afirma que concurre a nombre y en representación de otro, pero alega que en ese momento no puede presentar la escritura del poder que la han conferido. Aquí, a diferencia de la actuación sin poder o con exceso del mismo, la anomalía jurídica se produce en el plano del instrumento, no en el negocial.

Desde el punto de vista sustantivo, la actuación del representante vinculará directamente el patrimonio del principal, por lo que el negocio concluido por aquel es eficaz desde su celebración, tanto frente al tercero como frente al representado. Sin embargo, la escritura adolecerá del defecto formal relativo a la reseña del documento justificativo de la representación y del juicio notarial de suficiencia.

Sostiene Giménez-Arnau⁶⁶ que “el que actúa con poder bastante, pero no acreditado, concluye un acto con fuerza vinculante para el representado, pero el acto no es perfecto, en cierto modo está pendiente de que se acredite la suficiencia y existencia del poder (...) Viene a ser como un negocio jurídico

⁶⁵ Roca Sastre, Ramón M., Estudios..., I, cit., p. 471.

⁶⁶ Giménez Arnau, Derecho, cit., p. 549.

incompleto, por lo menos en cuanto a la forma, ya que la plenitud de efectos sólo se produce con la superposición al documento concluido u otorgado por representación de aquel otro que justifique la capacidad del otorgante para actuar a nombre ajeno”.

Es decir, la escritura que recoge el acto constituirá un instrumento defectuoso, de eficacia suspendida o condicionada a la aportación ulterior del documento acreditativo del apoderamiento. El modo de consignar este hecho, podrá ser mediante anotación marginal o diligencia de adhesión de que en determinada fecha fue aportada la correspondiente copia de la escritura de poder, realizando la reseña indicada del documento (número de escritura, notario autorizante, fecha del otorgamiento) y la valoración sobre la suficiencia de las facultades.

En el momento de la autorización de la escritura, el fedatario deberá advertir a los comparecientes de que el presente documento no despliega efectos hasta tanto no sea aportada la prueba del poder, lo que en aras de la seguridad jurídica se logrará mediante el establecimiento de un plazo preclusivo para la presentación, transcurrido el cual la escritura pierde los efectos previstos. Recordemos que se trataría de la omisión del juicio de suficiencia del notario, lo que considero elemento esencial de validez del instrumento.

Cabría preguntarse por el tipo de ineficacia atribuible al documento. Se trata de la falta de un presupuesto estructural del instrumento, cual es la reseña y apreciación sobre la suficiencia de facultades, aunque de modo explícito el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales no reconozca tal carácter al juicio de suficiencia de la representación. La posible nulidad quedaría bajo el amparo de los apartados-válvulas ch) y d) del citado precepto. Sin embargo, sería una nulidad subsanable o convalidable mediante la presentación de la copia de la escritura de poder; lo que es incompatible con este tipo de ineficacia. No es desacertado pensar que las escrituras claudicantes caducan cuando transcurre el plazo establecido para el cumplimiento del requisito formal ausente.

Los efectos claudicantes del documento, están dados porque no siendo aportado el documento justificativo de la representación en el plazo establecido, la escritura notarial no es apta para su existencia en el tráfico jurídico, pues carece del soporte material y jurídico que fundamentaría la dación de fe del notario, en cuanto al modo de concurrencia del compareciente.

Sin embargo, el análisis sobre las consecuencias de esta situación exige distinguir entre negocio consensual y formal. En el primer caso, el acto es perfecto desde que el apoderado manifestó su consentimiento dentro de los límites del poder conferido. Por tanto, la ineficacia del instrumento sólo puede privar a las partes de los plenos efectos que le proporciona la documentación pública, y que serán, en su caso, la adquisición del derecho real, la legitimación para el ejercicio de la acción ejecutiva, la obtención del medio privilegiado de prueba en que el documento consiste, el acceso al Registro Público, la facilitación de la interpretación del negocio representativo, etc. Cuando el negocio es solemne, el

acto fuera del documento es realidad extrajurídica que a nadie atañe, no siendo, pues, oponible ni frente a terceros ni entre las partes.

Los legitimados para la presentación del poder al notario son los comparecientes al instrumento, y también el poderdante. ¿Deberá requerirse la presencia conjunta de apoderado o poderdante y tercero? En principio, le bastará al notario con que ante él concurra cualquiera de ellos, pues se trata de salvar la irregularidad del documento, y a los efectos de su completamiento, sólo basta la aportación del instrumento inicialmente ausente. Se trataría de una integración del documento, más que de una subsanación.

En todo caso el tercero al contratar con el apoderado, debe conocer la preexistencia y suficiencia del poder, debiendo, pues, correr con la carga de exigencia y examen del documento. De ahí que, considero válida la aportación unilateral de la copia de la escritura de poder, si bien deberá el notario advertir al concurrente, del deber de informar al interesado, que se ha producido la regularización del documento, eficacia que se retrotraerá al momento de su autorización.

¿Cómo proceder si el notario, por cualquier vía, toma conocimiento efectivo de la existencia del poder? Es decir, ¿puede el notario de oficio, teniendo a la vista la copia auténtica del apoderamiento, consignar este extremo en su instrumento defectuoso? Pienso que este supuesto excede del interés individual de las partes, correspondiéndole al funcionario, en primer lugar, un deber de defensa del propio instrumento. La tarea de perfección formal del documento es asunto que atañe en primer orden a su autor, quien podrá, llegado el caso, proceder de oficio a la tarea de su completamiento y sanación.

Ahora bien, si una vez presentada la copia de la escritura de poder, el fedatario entiende que las facultades conferidas no son suficientes, pasamos al terreno de los actos excesivos cuya eficacia se supedita a la ratificación del dominus o principal. El notario consignará este extremo en el documento, haciéndoselo saber a ambas partes, y fijará un nuevo plazo para la ratificación.

Bibliografía

1. Textos doctrinales:

Blanco, Alberto, Curso de Obligaciones y Contratos, tomo II, Doctrina General de los Contratos, 2a edición, ampliada, revisada y puesta al corriente, Editorial Librería Nueva Imprenta y Papelería, La Habana, 1948; BOE para Notarías, Registros y Sociedades, en www.notariosyregistradores.com, consultado en 28 de enero de 2006; Castán Tobeñas, José, Función Notarial y elaboración del Derecho, s. ed., Reus, Madrid, 1946; Díez-Picazo, Luis, La representación en el Derecho Privado, 1a edición (reimpresión), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992; Giménez Arnau, Enrique, Derecho Notarial, Ediciones Navarra, S.A.,

Navarra, 1976; JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, Derecho Notarial, Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1944; JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. V, Madrid, 1988; Pérez Gallardo, Leonardo B., "Complicación de Derecho Notarial" (en Editorial); Roca Sastre, Ramón M., Estudios de Derecho Privado, vol. I, Obligaciones y Contratos, s. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948; Vallet de Goytisolo, Juan B., "La labor configuradora de los notarios", en Revista escritura pública, (www.elnotariodelsigloXXI.com), página visitada en 27 de enero de 2006. Verdejo Reyes, Pedro C., Derecho Notarial, s. ed., 1ª reimpresión, Pueblo y Educación, La Habana, 1990.

II. Textos legales:

Ley de las Notarías Estatales, Ley N° 50 de 28 de noviembre de 1984, editada por el Ministerio de Justicia, 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución N° 70 del Ministerio de Justicia de 9 de junio de 1992; Código Civil cubano, Ley N° 59 de 16 de julio de 1987; Código de Familia de la República de Cuba, Ley No 1289 de 14 de febrero de 1975, Divulgación del MINJUS, Ciudad de La Habana, 1999; Código Civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 16a edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993; Ley N° 65/1988 de 25 de diciembre, Ley General de la Vivienda, en publicación del Instituto Nacional de la Vivienda, La Habana, 1989; Resolución N° 249 de 7 de octubre de 2005, "Normas y Procedimientos para la Nueva Organización del Registro de la Propiedad".

Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano

Isidoro Lora-Tamayo

Notario de Alcalá de Henares, España
Consejero Permanente de la Unión Internacional del Notariado

Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana.

Notario de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de
Justicia

1. Comparecencia

Para el análisis de la estructura del documento público notarial, nada mejor que ofrecer una disección anatómica de su conformación, a partir del estudio de cada una de las partes que le integran, aproximándonos desde la visión ofrecida por el Derecho español, punto de referencia importante, en un plano vertical (histórico) y horizontal (comparado) para nuestro Derecho.

Por ello iniciamos esta exploración estructural del instrumento público con la comparecencia, en el entendido de que en ella están incluidos el encabezamiento, también llamado proemio, en otros ordenamientos jurídicos⁶⁷ y la comparecencia propiamente dicha.

Encabezamiento

El proemio o introducción de los documentos públicos notariales protocolizables en el Derecho positivo cubano, según el artículo 40 del Reglamento notarial incluye:

el número que le corresponde en el protocolo en cumplimiento de la regla de numeración ordinal por fecha⁶⁸; nombre que en Derecho le corresponde al acto jurídico, hecho, acto o circunstancia con relevancia jurídica instrumentado; fecha y lugar de la autorización del instrumento; nombre y apellidos del notario con expresión de la notaría a su cargo y lugar donde se constituya, en su caso.

⁶⁷ V.gr. en México, en el que se le considera como "... la invitación a un espectáculo en la que se nos da una pequeña introducción, tipo de obra, actores, director, ubicación del teatro, día y hora de representación". Así lo expresa Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 226.

⁶⁸ Vid. en este sentido lo expuesto en este propio texto por Pérez Gallardo, Leonardo B., y Ada M. León Irurzún, en "Conservación y custodia de los documentos públicos notariales: el protocolo notarial y los archivos de protocolos notariales", en concreto en 5.4.

De ellos vamos a estudiar en la ocasión con más exhaustividad los tres últimos, en tanto el primero ya lo hicimos en ocasión de estudiar la mencionada regla de conservación y custodia del protocolo notarial.

Calificación del acto jurídico, hecho, acto o circunstancia con relevancia jurídica instrumentado

Uno de los juicios de mayor relevancia contenidos en un documento público lo es el de calificación del acto jurídico, hecho, acto o circunstancia instrumentados, lo cual facilitará además en el orden formal la búsqueda del documento, una vez autorizado y la formación de los índices. Se trata de un juicio asertórico, o sea una apreciación científica del notario, en tanto profesional del Derecho que es, experto en estos temas. Afirmación científica, que por provenir de él, dada su sólida formación jurídica, goza de una notable credibilidad, destruye en proceso judicial o por la ulterior calificación registral⁶⁹. Reconocido en los artículos 40 y 41 de nuestro Reglamento y en el 159.º del español al establecer: “la calificación del acto o contrato con el nombre conocido que en Derecho tenga, salvo que no lo tuviere especial”.

Esta calificación es de carácter técnico, pero su importancia es grande, ya que según el negocio de que se trate habrá de calificarse la capacidad y la legitimación de los otorgantes, así como el tratamiento jurídico que habrá de aplicarse al acto o negocio escriturado, de tratarse de una escritura pública. Igualmente en sede de actas. El juicio de legalidad que debe emitir el notario y el cumplimiento de la legalidad vigente no es algo que deba plantearse en abstracto sino en relación con el acto o contrato que se pretenda otorgar.

De tratarse de una escritura pública, deberán calificarse separadamente todos los actos contenidos en el instrumento, teniendo en cuenta que la capacidad y facultades para llevar a cabo los actos o negocios escriturados dependerían en parte de esta calificación.

No siempre le resultará fácil al notario ofrecer tal calificación, sobre todo cuando se trata de actos jurídicos verdaderamente atípicos, en que, como establece el Reglamento notarial en su artículo 41: “Si no fuere posible titular el documento notarial con un nombre conocido en derecho, el Notario consignará el que más se ajuste a los derechos y obligaciones que estipulan los interesados y demás circunstancias concurrentes relevantes que declaren”. Si se tratare de contratos, el notario habría de atenerse también a lo dispuesto en materia de contratos atípicos y mixtos en los artículos 314 y 315 del Código Civil.

Tómese en consideración que no siempre se trata de una escritura pública en la cual se corporifica un contrato atípico o mixto, sino cualquier otro negocio, que por su peculiaridad no tiene un nombre previsto en el ordenamiento jurídico.

⁶⁹ Tal es el parecer, que compartimos, de Ballarín Marcial, Alberto, “Naturaleza y clases de los 'juicios' del notario”, en separata de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXV, Madrid, 1996, p. 539.

Pudiera resultar que el negocio o acto, ni tan siquiera tenga sustento legal en el ordenamiento jurídico cubano. Para ello por vía reglamentaria se ofrecen como cauces: el contenido mismo del acto o negocio, a partir de los derechos y obligaciones derivados de él, y además el resto de las circunstancias concurrentes, que tengan relevancia, declaradas éstas por las partes⁷⁰. No puede obviarse que el precepto ha sido redactado, pensando en las escrituras, no así en las actas, precisamente por el disímil contenido, de uno y otro instrumento, lo cual pudiera suceder, plenamente, en la calificación de un acta notarial que no se subsuma en ninguna de las clasificaciones ya reconocidas.

Lugar y fecha de la autorización

La necesidad de expresión del lugar y fecha de autorización en el propio documento data desde el Fuero Juzgo. Al decir de Carnelutti "Todo acto del hombre ocurre en determinadas circunstancias de tiempo y lugar; en cuanto tales circunstancias tengan trascendencia para los efectos jurídicos de aquél, puede ser necesaria o conveniente su prueba; a tal objeto su realización en un determinado lugar o en un determinado tiempo, puede representarse y, especialmente documentarse; esta documentación constituye la data. Llamamos data precisamente a la representación documental o cuando menos a la indicación en el documento de las condiciones de lugar y de tiempo en que el acto ha ocurrido"⁷¹.

Entre otras razones, el lugar de autorización del instrumento, importa a los efectos de la competencia territorial del notario. No es posible, so pena de nulidad formal del instrumento, su autorización por un notario que no resulte competente, a menos en el caso excepcional que prevé el artículo 11, inciso a), en relación con el inciso c), de la propia Ley notarial, esto es que se trate de un documento autorizado en circunstancias excepcionales o en inminente peligro de muerte, en que se alza la sanción nulificante, que en condiciones ordinarias, tiene reservada el legislador para los instrumentos autorizados por notarios fuera de los límites de su competencia. Así, v.gr. no puede un notario de la Ciudad de La Habana, autorizar un documento que contengan actos de transmisión de dominio sobre bienes sitos en Varadero, ni tampoco un notario con competencia provincial y sede en el municipio Playa, autorizar una escritura de permuta en la que uno de los inmuebles esté sito en el municipio Díez de Octubre, y ello a pesar de la competencia del notario autorizante en toda la capital, motivado, por reglas especiales que restringen la competencia notarial, sea ésta nacional o provincial. Recuerde que el notario es un funcionario ajerárquico.

⁷⁰ Así sucedería con las escrituras de autotutela o cualquier otra estipulación previsoría sobre la propia incapacidad, igualmente con las escrituras de autorización para domiciliarse, indebidamente llamadas de consentimiento, escrituras de cesión de uso de azotea a cambio de edificación, entre otras.

⁷¹ Cit. pos González, Carlos Emérito, Teoría General del Instrumento Público, Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 197.

El notario ha de especificar el lugar de la autorización, generalmente coincidente con el lugar en el que tiene su sede, o sea, el espacio físico en que está situada la notaría y ejerce la función pública notarial, así como expresar la competencia territorial atribuida. Si autoriza fuera de la notaría en que tiene su sede, lo cual es dable y frecuente, entonces estamos en presencia del constituido, que es la autorización notarial de un documento público dentro del territorio en el que tiene fe pública, pero fuera del recinto en el cual tiene su sede. Debe quedar claramente manifestado en el instrumento, bajo su fe. La constitución fuera de sede notarial procede, previo y especial requerimiento o rogación del interesado y puede venir motivada, por imposibilidad física de locomoción de uno o varios de los comparecientes, enfermedad transitoria, ancianidad, naturaleza del hecho instrumentado, propio de las actas, u otras razones que a juicio del notario, sean meritorias de su traslado hacia un lugar ajeno a su notaría. En todo caso debe ser celoso guardián de no extralimitarse de su competencia territorial.

Es común que el notario se constituya, v.gr. en el domicilio del requerido o del notificado y allí practique la diligencia de requerimiento o de notificación, a pesar de que la diligencia de solicitud o de rogación se haya instrumentado en su propia sede notarial, vid. artículos 89, inciso c) y 93 y 94, todos del Reglamento notarial. Igualmente en sede de actas de presencia, en las que se solicita la intervención del notario, para que se constituya, siempre fuera de la notaría, pero dentro de su demarcación territorial (vid. artículo 88 del Reglamento notarial). Por supuesto el constituido, es más común en materia de actas que de escrituras, precisamente por la naturaleza de las primeras, según se colige de lo previsto en el artículo 86 del propio Reglamento.

El lugar también incide en la aplicación de la regla *locus regit actum*, o sea, el cumplimiento de las formalidades del documento se adecua al lugar en que fue autorizado. Según el artículo 13.1 del Código Civil cubano "La forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan".

Respecto de la fecha, esta presupone un juicio de notoriedad ofrecido por el notario en todos los instrumentos públicos autorizados, tanto protocolizables, como no protocolizables (cfr. artículo 123 del Reglamento notarial), y también en las copias (cfr. artículo 139, inciso a), del Reglamento notarial). Es una notoriedad inmanente al propio instrumento. Tiene trascendencia en determinados instrumentos y se concreta con la expresión del día, mes y año de la autorización del instrumento, y excepcionalmente con la hora. Algunos documentos, como las escrituras públicas de testamentos notariales, en razón de su revocabilidad, dada la naturaleza de acto de última voluntad del testamento, exigen la expresión no solo de la fecha, sino también de la hora, lo cual se ha extendido a las fe de vida⁷², pero si v.gr., una persona otorgó en la fecha un solo testamento, sin expresarse la hora, tal laguna no supondría la nulidad del acto testamentario. Ni qué decir la trascendencia de la fecha para apreciar la capacidad de los comparecientes en los instrumentos públicos y la ley aplicable.

⁷² También lo exige el Reglamento notarial en su artículo 86 respecto de cada una de las diligencias posteriores contenidas en un acta.

Por regla general, los actos y hechos contenidos en los documentos públicos notariales no han de autorizarse bajo términos perentorios, podría darse, no obstante ad ex. en las actas de requerimiento o de notificación, para esta última lo prevé el artículo 90, primer párrafo in fine, del Reglamento notarial, en relación con el artículo 89, inciso a). La fecha también pudiera tener trascendencia en una renuncia hereditaria, o del legado, ex analogía legis. Para que sea eficaz la renuncia de un heredero ab intestato a la herencia a la que ha sido llamado tendría que hacerlo temporariamente, esto es dentro de los tres meses, contados a partir de la autorización del acta de declaratoria de herederos (cfr. artículo 527.1 inciso b), en ello será vital la fecha, como también para interrumpir un término de prescripción, probado a través del respectivo documento público o exigir el cumplimiento de una obligación dentro del término previsto.

Nuestro ordenamiento jurídico solo prevé una fecha: la de autorización, si bien en algunos documentos cabría especificar la fecha de practicada determinada diligencia, como en el caso del acta de requerimiento y de la de notificación o en cualquier otra acta que así sea necesario (cfr. artículo 86 del Reglamento notarial).

Con razón expresa Rodríguez Adrados que tanto la fecha como el lugar son “menciones preliminares a la comparecencia” “cubiertos (...) por la fe pública; pero el Notario tiene libertad de redacción, libertad en la manera de consignar tales requisitos, sin someterse a fórmula sacramental alguna”⁷³.

Identificación del notario autorizante

El notario es el autor del instrumentum, por esa razón ha de estar plenamente identificado en el documento, pues ante él se comparece o se concurre, fiel expresión del principio de inmediación. Deberá consignarse por tanto el nombre o los nombres, si estos fueran compuestos y los apellidos, en plena armonía con su documento de identidad, su título de habilitación y la resolución de nombramiento como notario, sin poder emplear iniciales (vid. artículo 32 del Reglamento). Su ausencia conduce a un supuesto de nulidad instrumental ex artículo 16, inciso b), de la Ley de las Notarías Estatales⁷⁴. Igualmente ha de expresar su competencia territorial y sede notarial en la que ejerce la función.

⁷³ Rodríguez Adrados, Antonio, “Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado”, en Estudios Jurídicos III, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996, p. 471.

⁷⁴ Así lo ha dicho nuestro Tribunal Supremo en Sentencia Nº 80 de 31 de enero del 2005 (ponente Arredondo Suárez) “(...) (el) omitirse la identidad del notario, determina la nulidad del instrumento por afectarlo estructuralmente, quedando a salvo el contenido negocial, de no existir otros elementos anulatorios (...)”, por lo tanto, “(...) denunciada la infracción por indebida aplicación de lo establecido en el artículo dieciséis inciso b) de la Ley número cincuenta, de las Notarías Estatales, tal vulneración no existe

Comparecencia propiamente dicha

Denominamos comparecencia propiamente dicha aquella parte de la comparecencia en sentido lato en la que se particularizan a través de su identificación, concepto y carácter en que concurren, los comparecientes del documento.

1.2.1. Identificación de los comparecientes

La identificación de los comparecientes es un elemento esencial en la autorización del instrumento público⁷⁵. El prestigio y el crédito institucional y social de la institución notarial están esencialmente fundados en el rigor y la pulcritud de la dación de fe, que otorga a los hechos y circunstancias a los que se refiere una fuerte presunción de veracidad. Entre aquellos y las circunstancias ocupa un lugar de singular relieve el conocimiento de la identidad de la persona que comparece ante el notario para realizar cualquier acto o negocio jurídico. Por ello se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en Sentencia de 19 de junio de 1964 en el sentido de que “El correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa, resulta trascendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto y máxime en una sociedad como la actual, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria (...)”.

En España, la Dirección General de los Registros y del Notariado desde antiguo (Resolución de 27 de diciembre de 1960) viene diciendo que por el valor que la ley atribuye al documento notarial, es la fe de conocimiento⁷⁶ el acto más trascendental de todos cuantos emite el notario, por ser el presupuesto básico para la eficacia del instrumento público el que quede fijada con absoluta certeza la identidad de los sujetos que intervienen.

Por ello el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado español dispone que “los Notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecido por las Leyes y Reglamentos” y

porque, sentado por la sentencia combatida que en el instrumento público cuya modificación se pretende no consta la identidad del notario, una recta aplicación del precitado precepto conduce a colegir que se corporifica la causa de nulidad instrumental prevista en el mismo que afecta al documento como testimonio en sí (...)” (primer y segundo Considerando, respectivamente).

⁷⁵ La Dirección de los Registros y del Notariado de España ha expresado en su Resolución de 14 de febrero de 1996 que “El Notario debe consignar en el instrumento público el nombre y apellidos oficiales de cada persona, que serán en todo caso los que figuran en su documento nacional de identidad, documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el único y exclusivo justificante completo de la identificación de la persona (...) y cuya consignación en los instrumentos públicos notariales es obligatoria (...)”.

⁷⁶ En el entendido hoy de esta expresión como juicio de identidad.

el artículo 17 bis de la propia Ley, entre las daciones de fe que establece ha de dar el notario, una de ellas es de la identidad de los otorgantes.

Los órganos corporativos del notariado insisten constantemente en esta obligación, siendo de destacar una circular del Consejo General del Notariado español del año 2003 en que se denuncian los peligros de suplantaciones de personalidad que cada vez se da con más frecuencia, al multiplicarse las relaciones comerciales entre personas desconocidas entre sí y al aumentar sensiblemente la contratación con ciudadanos extranjeros, recomendando una serie de medidas, algunas de las cuales aludiremos posteriormente y que el notario debe tener presente en el ejercicio de su función.

No obstante, no se exige la identificación de las personas con quienes se efectúe los protestos de las letras de cambio, ni, en general la de aquellas con quienes se haga alguna notificación o requerimiento, salvo que la naturaleza de estos exija identificar al notificado o requerido (cfr. artículo 192 del Reglamento Notarial). Tampoco es necesario la identificación en las actas, salvo que lo exija la ley o que la identificación de las personas sea requisito indispensable en relación con su contenido (cfr. artículo 197.3º del Reglamento Notarial). En cambio en el ordenamiento notarial cubano sí, el artículo 81, inciso a) de nuestro Reglamento notarial lo hace exigible a todo tipo de acta y ni tan siquiera se deja de exigir, como lo hace con otros requerimientos, en sede de documentos públicos no protocolizables, conforme las previsiones del artículo 122 del propio Reglamento.

En España las normas positivas emplean la expresión fe de conocimiento, pero ella puede entenderse en un sentido estricto, que es la que parece emplear el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado como de identificación por el notario de los comparecientes por su conocimiento personal⁷⁷, o en un sentido más general, que es el empleado por el Reglamento Notarial, cuando bajo el epígrafe fe de conocimiento se refiere a la identificación por el notario de los comparecientes, tanto por el conocimiento personal, como por los demás medios admitidos por la Ley y el Reglamento. En Cuba, con más fortuna, el Reglamento notarial emplea la expresión identidad de los comparecientes, en materia de escrituras en su artículo 64, inciso a) y en sede de actas en su artículo 81, inciso a). No obstante, si bien nuestro primer medio de identificación de los comparecientes es el documento oficial de identidad, a saber: carne de

⁷⁷ En la Sentencia de 2 de diciembre de 1998 (Ref. El Derecho 1998/26763) el Tribunal Supremo de España ofrece su apreciación, muy útil por cierto, de lo que se entiende por conocimiento. “Conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el Notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por habitualidad, en el trato (v.g. cliente de la Notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a este dudas, según el común de la experiencia, la identidad de esta. Es decir entraña un 'reconocimiento' de la persona lo cual exige un previo conocimiento”.

identidad⁷⁸ o pasaporte para los extranjeros⁷⁹, éste no es exclusivo pues la Ley de las Notarías Estatales prevé en su artículo 27, dos medios más, con carácter excepcional, a saber: el juicio de conocimiento por ciencia propia del notario y el empleo de dos testigos de conocimiento, identificados estos por el notario autorizante, en el primer caso siempre que "... al momento de autorizar el acto y por circunstancias excepcionales, no lo puedan exhibir (el documento oficial de identidad) y siempre que sean conocidos por el Notario" y en el segundo "cuando por circunstancias excepcionales la postergación de la autorización del documento notarial pudiera causar perjuicios irreparables a los interesados", circunstancias estas, cuya apreciación queda a juicio del notario.

En todo caso el notario no puede a través del documento oficial de identidad hacer constar en el documento notarial todos los factores identificativos de la persona, así, el estado conyugal y la ocupación, los conoce a través de las propias

⁷⁸ La Resolución N° 18/1974 de 30 de diciembre del Ministerio del Interior sobre el carné de identidad establece en su artículo 1: "El Carné de Identidad es un documento oficial de carácter permanente, que identifica a la persona que lo posee. Será entregado por los órganos correspondientes del Carné de Identidad y Registro de Población, de conformidad con el lugar del domicilio del titular del mismo", en tanto en su artículo 3 dispone: "Los ciudadanos cubanos quedan obligados a portar el Carné de Identidad, así como a presentarlo, cuando se les requiera, a los funcionarios del Sistema del Carné de Identidad y Registro de Población, a las autoridades competentes y a sus agentes". El notario tiende a consignar en el instrumento el número de identidad permanente, expresando cada uno de sus once dígitos. Si bien, la actualización de dicho documento no se suele tener en cuenta. Los actuales modelos de carné de identidad exigen una vigencia de diez años, transcurridos los cuales, se entenderá que el documento ha vencido. En España el artículo 38 del Reglamento Notarial exige que el notario haga constar en el instrumento publico, la vigencia del documento de identidad, si bien ha dicho la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre del 2000 (Ref. El Derecho 2000/37324) que "La interpretación de dicha norma, como la de todas, ha de hacerse en función de su espíritu y finalidad (artículo 3.1 del Código Civil). Los documentos de identidad, en especial a través de la exclusividad de su número, son hoy en día un elemento esencial de identificación de las personas físicas que intervienen en el tráfico jurídico. Lo que ya no resulta tan evidente es que la vigencia de tales documentos, cuando la tienen limitada, tenga una especial relevancia. Puede tenerla, si, cuando acreditan una condición, como por ejemplo la de residente, exigible para el ejercicio de algún derecho o determinante del especial régimen jurídico a que está sujeto. En otros, aquella limitación permitirá una sucesiva actualización de datos, ya sea de la imagen o fotografía de su titular o de su firma, que permitan pasado el tiempo seguir identificando a quien exhiba el documento, o de otros con trascendencia jurídica - conservación de la nacionalidad, cambio de apellidos por razón de matrimonio en los sistemas que lo imponen- etc." (Fundamento de Derecho 2°).

⁷⁹ La Ley N° 1312/1976 de 20 de septiembre, Ley de Migración en su artículo 2 dispone: "Los extranjeros o persona sin ciudadanía para entrar al territorio nacional o salir del mismo, deberán poseer un pasaporte vigente o documento equivalente expedido a su nombre y la correspondiente visa de entrada o permiso de salida, salvo que se tratare de ciudadanos de un país que a virtud de un convenio suscrito por Cuba, estuvieran exentos de cumplir este requisito, ateniéndose a los términos del expresado convenio".

manifestaciones de los comparecientes, de lo cual dará fe al momento de narrar tal extremo en la comparecencia del instrumento.

Por el contrario en España, el primer medio de identificación al que se refiere el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado es el del conocimiento personal por el notario. El artículo 187 del Reglamento Hipotecario, por su parte, dispone que “la identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley”. Es un medio que cuando el notario lo usa debe estar muy seguro de ese conocimiento personal, por lo que debe actuar prudentemente en esta materia⁸⁰. Atrás ha quedado hace ya mucho tiempo la posibilidad que tenía el notario de conocer personalmente a cada uno de los clientes que concurría a su notaría.

El último párrafo del artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado dispone que “el Notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados”.

Algunos autores sostuvieron que este párrafo se refiere solamente a la fe de conocimiento personal y que venía a establecer una especie de responsabilidad objetiva, si el notario daba fe de conocimiento personal debería responder siempre de los daños y perjuicios. Sin embargo la mayoría de la doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en Resolución de 22 de junio de 1989, considera que la responsabilidad civil del notario en los supuestos de error en la identificación de los otorgantes, ha de ser interpretada conforme con las normas generales de responsabilidad, según las cuales solo será exigible si hubiese mediado dolo o culpa, que esta responsabilidad por dolo o culpa la tendrá el notario en todos los casos de identificación incorrecta y que la

⁸⁰ Precisamente la Resolución de 28 de diciembre de 1960 (Ref. El Derecho 1960/23) de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dicho que es el notario quien, bajo su responsabilidad, elegirá el medio de identificación que le parece más adecuado (Fundamento de Derecho 1º). Asimismo se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en Sentencia de 2 de diciembre de 1998 (Ref. El Derecho 1998/26763) “(...) parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23 c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, 'de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente'. No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente (aún, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) las intenciones delictivas de aquella. En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones” (Fundamento de Derecho 2º).

corrección disciplinaria solo podrá darse si la identificación se hiciera con incumplimiento de las normas legales o reglamentarias⁸¹.

1.2.2. Concepto, carácter o forma en que intervienen

En la primera parte del instrumento público o comparecencia el notario, además de reseñar las circunstancias personales de los comparecientes, debe expresar el concepto en que aquellos intervienen en el otorgamiento.

Esa parte de la comparecencia se denomina intervención y en ella se define la relación entre compareciente (sujeto el instrumento público) y parte (sujeto del negocio). Según el artículo 164.1 del Reglamento Notarial español: “la intervención de los otorgantes se expresará diciendo si lo hacen en su propio nombre o en representación de otro...”. El Reglamento notarial cubano le ofrece igual nombre (vid. artículo 64, inciso b) y 81, inciso b). Por tanto la intervención (también puede denominarse formas de comparecencia) puede ser:

⁸¹ El Tribunal Supremo español en Sentencia de 2 de febrero del 2000 (Ref. El Derecho 2000/267), en un caso sobre suplantación de la personalidad del compareciente ha dicho, con gran tino: “El Notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales, y de este modo no se le exime de ponderar y valorar en cada actuación todos los elementos identificadores que puedan tenerse en cuenta, lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional y dar por buena una identificación posterior en base a (sic) otra anterior, (...), cuando aquella no responde a conocimiento directo y si emplea los medios supletorios lo es bajo su responsabilidad. Cuando sucede que es inducido a error sobre la personalidad de los otorgantes por su actuación maliciosa propia o de otros, lo que no incurre es en responsabilidad criminal, ya que sólo se le exigirá cuando hubiera actuado con dolo, pero no está exento de la civil correspondiente (artículo 146 del Reglamento Notarial), en este caso, de naturaleza extracontractual, generada por una actuación profesional negligente en atención a lo que queda estudiado, pues no se agotó debidamente el proceso identificado, al aceptar la errónea que ya se había instaurado. Con este modo de actuar el fedatario no procedió con la diligencia exigible en términos de normalidad para garantizar la identidad del otorgante y evitar las posibles suplantaciones de personalidad que impone extremar el celo en llevar a cabo cuantas comprobaciones autorizadas sean necesarias y así ha tenido ocasión de declararlo recientemente esta Sala en un caso con coincidencias como el que nos ocupa - Sentencia de dos de Diciembre de 1998, que contempla la omisión de la identificación en forma, la que, al menos, propició la suplantación que, como acto ilícito instrumental, facilitó el otorgamiento, en este supuesto de la escritura de compraventa y leasing que se anulan, no habiéndose producido interrupción alguna en el 'iter' que condujo al resultado por acto u omisión extraña” (Fundamento de Derecho 3º). Por ello en el propio Fundamento de Derecho in fine advierte al notario, tomar serias precauciones en su actuación, dado que “... por no resultar totalmente blindada su función, (sería muy positivo que así lo fuera), (...) pueden ser vulnerables a las maquinaciones suplantadoras con el fin de celebrar negocios lícitos en apariencia. Por eso la trascendencia de su dación pública, ante el riesgo mayor que presenta la sociedad de hoy donde tiene más cobijo la mala fe que la buena fe, alerta e impone a los fedatarios públicos extremar su celo identificador con el empleo intenso y hasta exhaustivas de medidas de comprobación que las normas legales les facilita y evitar la proliferación de situaciones como la presente”.

En nombre propio, cuando el compareciente es parte en el negocio jurídico documentado. A su vez, aquél puede intervenir en interés propio o en interés ajeno. Cuando la comparecencia en nombre propio e interés ajeno permanece oculta (v.gr. representación indirecta, negocio fiduciario), carece de interés para el instrumento público.

En nombre ajeno, cuando parte y compareciente son personas distintas, éste actúa en interés ajeno, ya sea como representante legal del sujeto del negocio, como órgano de la persona jurídica, o como representante voluntario, supuesto en el que pueden darse las diversas situaciones⁸².

2. Parte expositiva, exposición de hechos o antecedentes

La segunda parte del instrumento público se denomina tradicionalmente exposición y en ella se expresan las circunstancias que sirven de base al otorgamiento. Porcioles la cataloga como “el lugar adecuado para expresar los elementos preexistentes del negocio y, de modo especial, las circunstancias de hecho de indudable trascendencia para determinar y valorar el negocio jurídico”⁸³.

Existen, no obstante, instrumentos que no requieren necesariamente parte expositiva (actas, testamentos, poderes, etcétera), aunque en ocasiones se incluye para dar mayor claridad a la redacción.

Según la doctrina, la parte expositiva puede tener el siguiente contenido:

Los antecedentes que determinan la autorización del instrumento, que pueden consistir en hechos (v.gr. defunción para particiones), negocios jurídicos o disposiciones de voluntad ya otorgadas (testamentos y las respectivas certificaciones del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos), resúmenes de procedimientos administrativos o judiciales, obtención de licencias o autorizaciones necesarias para el acto o contrato (v.gr. para la permuta o la donación, o para disponer de bienes de los menores, vid. artículo 87 del Código de Familia) y, en general, las demás circunstancias necesarias o convenientes para el otorgamiento (inexistencia de otra sociedad con el mismo nombre de la que se va a constituir, de otro testamento posterior, etcétera).

Los bienes o derechos que sean objeto del negocio, descritos en la forma que luego veremos, y su valor.

⁸² A las que remitimos en el estudio que en este mismo texto hace Chikoc Barreda, Naiví, “La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)”, pp.

⁸³ Porcioles cit. pos González, C. E., *Teoría General...*, cit., Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 197.

La finalidad o motivos que llevan a los interesados a realizar el negocio, si se expresan.

Todos los antecedentes que le consten al notario como hechos percibidos por sus sentidos se encuentran protegidos por la fe notarial; los demás sólo son afirmaciones o aseveraciones de las partes, sujetas a prueba en contrario, porque las hacen bajo su responsabilidad y nunca de la del notario autorizante, como reiteradamente dice el Reglamento Notarial español en materia de título y cargas; la mayoría serán declaraciones enunciativas (cfr. artículo 1.218.2 del Código Civil español).

2.1. Expresión de la finalidad o de los motivos: sus efectos

La finalidad o los motivos de un acto o negocio jurídico no trascienden normalmente al instrumento público, y quedarán como parte del secreto profesional. Pero a veces, tiene trascendencia su constancia expresa, para producir ciertos efectos:

- a) Porque es la única forma de que alcancen validez algunas disposiciones testamentarias (como la expresión de la causa legal de la desheredación en aquellos ordenamientos jurídicos que le regulan como el español⁸⁴).
- b) Porque modalizan a la disposición gratuita, con trascendencia real, elevándolos a categoría de modo o condición.
- c) Porque afectan el negocio a un determinado destino, o pueden demostrar el error evidente al contratar⁸⁵.

2.2. El objeto del negocio jurídico

Cuando el instrumento público contiene un negocio jurídico, su objeto puede consistir en una cosa o derecho preexistente o en un servicio o actividad; éste no se describe en la parte expositiva, sino en la dispositiva, cuando se expresen las obligaciones que asumen las partes.

En cambio, las cosas o derechos deben describirse expresando las circunstancias que contribuyan a individualizarlos: denominación, estructura material, destino, caracteres específicos (clase, número de serie), datos del libro, matrícula o registro en que figure, etcétera.

Especialmente establece el artículo 173 del Reglamento Notarial español: “En todo caso el Notario cuidará de que el documento inscribible en el Registro de la Propiedad inmueble, intelectual, industrial, mercantil, de aguas o de cualquier

⁸⁴ La causa de desheredación tiene que venir expresada claramente en el testamento y luego ser probada ante la autoridad judicial competente por quienes resultarían favorecidos, v.gr. coherederos concurrentes, herederos sustitutos o herederos ab intestato, según el caso. Vid. artículos 848 al 857 del Código Civil español.

⁸⁵ Apud Tamayo Clares, Manuel, *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 140.

otro que exista ahora o en lo sucesivo, se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable a cada caso, cuidando además que tal circunstancia no se expresa con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio para tercero”.

No obstante, los comparecientes pueden querer otorgar el instrumento (escrituras públicas) aunque no se pueda acreditar alguna circunstancia no esencial. En tal caso, el notario debe valorar si es posible la autorización, atendiendo a la trascendencia del dato que falta y a los perjuicios que su ausencia puede producir.

2.3. Descripción de inmuebles: rectificación de descripciones

Cuando el objeto del negocio sea un bien inmueble, dice el artículo 170 del Reglamento Notarial español: “La descripción de los inmuebles en los documentos sujetos a registro se hará por el Notario, expresando con la mayor exactitud posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o necesarios para realizar la inscripción.

Sólo a requerimiento de los otorgantes o en el caso de que la importancia o complejidad de la descripción de las fincas lo hicieren necesario, a juicio del Notario, se añadirán otros datos no sustanciales, como la expresión de la superficie en la medida del país, la determinación de los pisos de una finca urbana, los detalles de la construcción, la existencia de plantaciones, siembras y cultivos, y otros análogos no exigidos por la legislación hipotecaria para la inscripción de los inmuebles”.

Las mismas reglas se aplican normalmente a los inmuebles no inscritos, para facilitar su inscripción el día en que el propietario decida solicitarla.

La descripción de los bienes inmuebles se realiza a la vista de los títulos presentados. Sin embargo, puede suceder que la descripción contenida en un título anterior haya devenido inexacta (v. gr. la finca colindante pertenece a otro propietario, el edificio ha sido derruido, etcétera).

En tal caso, “en la descripción de los inmuebles, los Notarios procurarán rectificar los datos que estuvieren equivocados o que hubieren sufrido variación por el transcurso del tiempo, aceptando las afirmaciones de los otorgantes o lo que resulte de los documentos facilitados por los mismos.

Al realizar la rectificación se consignarán con los datos nuevos los que aparezcan en el título para la debida identificación de la finca con los asientos del Registro; y en los documentos posteriores sólo será preciso consignar la descripción ya rectificada, rectificándola de nuevo si fuere preciso” (cfr. artículo 171 del Reglamento Notarial).

Por último deberá en los inmuebles hacerse constar la referencia catastral que el notario la solicitará a la parte transmitente y, caso de no presentarla, lo hará constar en la escritura.

Conforme con lo dispuesto por la Ley española de Acompañamiento de 1996, la referencia catastral de los bienes, deberá figurar en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de trascendencia real, así como en los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles. Quedan excluidos de la obligación a que se refiere el párrafo anterior los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía. A los efectos anteriores los requirentes u otorgantes del acto o negocio están obligados a acreditar al notario la referencia catastral de los inmuebles de que se trate, con anterioridad a la autorización. La referencia catastral del inmueble se hará constar por:

- a) Último recibo justificando el pago del impuesto sobre bienes inmuebles siempre que en este documento figure de forma indubitada la referencia catastral.
- b) En defecto del anterior, certificado u otro documento expedido por el gerente del catastro, o escritura pública o información registral, siempre que en dichos documentos resulte de forma indubitada la referencia catastral.

El notario transcribirá en el documento que autorice, dicha referencia catastral, e incorporará a la matriz, para su traslado en las copias, el documento catastral aportado.

El incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral no impedirá que los notarios autoricen el documento, ni afectará su eficacia, ni la del acto o negocio que contenga, pero en este caso, los notarios deberán:

- a) Advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.
- b) Comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar.

Debe tenerse en cuenta que en virtud de acuerdo entre el Consejo General del Notariado español y la Dirección General de Catastro, los notarios, a través de su tarjeta de firma electrónica avanzada notarial, pueden por vía telemática acceder a la oficina del Catastro.

Por otro lado, respecto a las rectificaciones, si el notario tuviera duda sobre las afirmaciones de las partes, por prudencia podrá solicitar certificación del Catastro o incluso del Ayuntamiento del que resulte las modificaciones afirmadas (por ejemplo nombre de la calle, linderos, etcétera). Respecto a la modificación de las superficies la certificación catastral puede ser importante, incluso según la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando se reduzca la cabida.

Nuestro Reglamento notarial regula en su artículo 71 lo atinente a la descripción de bienes inmuebles, objeto de actos o contratos. Para ello remite a la legislación especial sobre la materia.

El bien debe describirse, cualquiera sea su naturaleza, lo más exhaustivo posible, de modo que permita su identificación. Como expresan Fernández Padrón y Fernández Martínez, al hacer referencia a los requisitos a cumplimentar por los documentos públicos notariales para su acceso al Registro de la Propiedad, concretamente en lo que concierne a la descripción de los bienes inmuebles, el fedatario hará constar “(...) la naturaleza (urbana o rústica, nombre por el que se le conoce, si lo posee), ubicación (calle, número, entre calles, reparto o barrio, municipio, provincia), superficie (área total, diferenciando entre la superficie ocupada y la libre, expresada en el sistema métrico decimal), descripción (tipo de inmueble, naturaleza de elementos de su fabricación, comodidades o partes que lo integran), medidas y linderos (se identifican los linderos por el frente, fondo, derecha e izquierda, ubicándose siempre saliendo del inmueble, con las respectivas medidas, si el inmueble lo constituye un apartamento habrá de consignarse primero las medidas y linderos del edificio en el cual se encuentra ubicado y luego los propios del apartamento) y valor (especificando si es valor contable, avalúo, valor catastral, o tasación del arquitecto de la comunidad)”⁸⁶.

En relación con los bienes muebles se describirán conforme con su naturaleza, expresando con precisión en el documento, la marca registral de fábrica, el tipo, el modelo y el número de fábrica si los tuviere. Similar situación se da con los semovientes en los que tomará un importante valor, expresar su color y raza, cfr. artículo 71, tercer párrafo, del Reglamento notarial.

2.4. Determinación de los títulos de adquisición

La determinación de los títulos de adquisición en la escritura pública debe entenderse en sentido material (causa jurídica de la adquisición) y en sentido formal, documento en el que consta la adquisición. El notario deberá hacer constar uno y otro.

74 del Reglamento Notarial español dispone: “... se hará por lo que resulte de los presentados o de las afirmaciones de los interesados bajo su responsabilidad, consignándose, si es posible, los datos del Registro. Al margen del título el Notario pondrá nota de la transmisión o gravamen”. Este artículo debe aplicarse tanto a inmuebles como a muebles, sean o no registrables.

⁸⁶ Vid. en este propio texto Fernández Padrón Zenia y Marta Fernández Martínez, “El documento público notarial. Su acceso al Registro de la Propiedad Inmueble”, pp. Consúltase igualmente sobre el tema de la necesaria descripción de los inmuebles en las escrituras públicas a los fines de su acceso al Registro de la Propiedad la Instrucción N^o 6/2003 de 15 de octubre del Director de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia que define los elementos básicos a tener en cuenta por los notarios para la inscripción de los inmuebles de propiedad personal en el Registro de la Propiedad.

o presentársele al notario, que puede ser público o privado, original o fotocopia. Sin embargo, la postura del notario y su constancia en el documento debe ser diferente:

Si se trata de bienes cuya adquisición debe constar en escritura pública u otro documento público, el notario debe exigir su presentación. Ello es una garantía de la eficacia de la escritura que está documentando. No olvidemos que el artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado, introducido por las Leyes de Acompañamiento a la de Presupuestos del 2002, atribuye a los documentos autorizados por notario fe pública y presume que su contenido es veraz e íntegro. Ello supone una protección a quien adquiere apoyado en dichos títulos.

Caso de no presentarse el título público, porque no existe, se extravió, se olvidó, etcétera, el notario deberá advertirlo a las partes y autorizará la escritura bajo la responsabilidad de ellas, consignándose lo anterior expresamente en ella. Sin embargo, en el ejercicio de su función el notario deberá recabar el mayor número de datos posibles para suplir esta carencia documental.

La presentación del título de adquisición es la regla general y solo muy excepcionalmente debe prescindirse de él. El notario debe redactar la escritura sobre la base de este título, apoyándose en él como pieza esencial de nuestro sistema.

El Consejo General del Notariado español ha recomendado en varias ocasiones que la exigencia de la copia autorizada de la escritura pública en la que consta el título de adquisición debe hacerse además por razones de seguridad, ya que en la mayoría de los casos en que se han producido suplantaciones de personalidad en el otorgamiento de escrituras públicas no se presentaron copias autorizadas de ellas y cuando se hicieron, rara vez fueron primeras copias.

De otro lado, el notario deberá asegurarse, en lo posible, de la coincidencia del título material y el formal. De aquí la importancia de solicitar la llamada información registral a la que nos referimos en el siguiente epígrafe y la norma introducida por las Leyes de Acompañamiento antes citadas, a la Ley Hipotecaria (vid. artículo 221) que establecen cómo los registradores están obligados a colaborar con los notarios, informando del contenido de los libros del Registro por telefax o comunicación electrónica, a elección del solicitante. La colaboración entre los notarios y registradores en esta materia es fundamental para la seguridad jurídica preventiva.

En nuestra práctica notarial, en materia inmobiliaria, el notario no puede autorizar documento alguno que suponga transmisión del derecho de propiedad, sin previa aportación del título formal, legitimador del derecho de propiedad sobre el bien, y de ser requisito previo su inscripción en el Registro correspondiente, ha de abstenerse de actuar, conforme lo dispuesto por el artículo 75 del Reglamento notarial, si ello no se hubiere verificado.

En la descripción del título ha de ser igualmente exhaustivo, si se tratare de la copia de un documento público notarial, deberá expresar número del documento según regla de numeración ordinal por fecha, nombre atribuido por el notario al instrumento, fecha de autorización, nombres y apellidos del notario autorizante y sede en la que ejerció o aún ejerce la función notarial. De similar manera con los títulos expedidos por entidades administrativas, o por autoridades judiciales. En este último caso, el notario ha de constatar que la resolución judicial es firme, y que así lo ha hecho saber el secretario judicial bajo su fe (vid. artículo 72 del Reglamento notarial).

2.5. Determinación de cargas y gravámenes

2.5.1. La determinación de cargas y gravámenes propiamente dichos. Especial referencia a los bienes inmuebles en el ordenamiento español

Para la adquisición o constitución de derechos reales a título oneroso sobre inmuebles en España, el notario deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información previa.

Puede ser solicitada para una o varias fincas y podrá indicarse el día en que se desea recibir la información dentro de los quince días naturales, o sin indicación de plazo.

Si resultare que la finca no está inscrita, se estará a lo que resulte del título y de las manifestaciones de las partes; si está inscrita, pero no el título del que transmita o grava, se consignará también lo que resulte de la información recibida.

El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción del informe registral, que se reflejará en la parte expositiva de la escritura o, previa conformidad de las partes, la unirá a ella.

El adquirente o beneficiario podrá renunciar a esta información si le basta la resultante del título y las afirmaciones del transmitente y además alega razones de urgencia, que constarán en la escritura, pero el notario puede denegar la autorización si la considera injustificada o alberga dudas sobre la información que posee el adquirente.

Si se trata de los actos jurídicos sobre muebles, sean o no registrables, o aún tratándose de inmuebles son actos de liberalidad, o están otorgados por entidades públicas, el criterio es el de estar a lo pactado por las partes o a lo que manifieste el transmitente o constituyente, y a lo que resulte de los títulos presentados. Debemos no obstante, recordar la prudencia con la que el notario debe actuar y su obligación de asesorar debidamente a las partes⁸⁷.

A) Determinación de cargas y gravámenes en los bienes inmuebles.

⁸⁷ Apud. Tamayo Clares, M., Temas..., cit., pp. 144-145.

1º Cargas que resulten del Registro de la Propiedad. La constancia de estas cargas tiene carácter fundamental y debemos partir de lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento Notarial español que dispone lo siguiente:

1. El notario antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax.

El otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el notario de la información registral.

2. El notario no estará obligado a solicitar dicha información:

- a) Cuando se trate de actos de liberalidad.**
- b) Cuando el transmitente del bien o constituyente del derecho sea una entidad de Derecho público, cualesquiera que fueran su ámbito y naturaleza.**
- c) Cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.**

3. La solicitud de información, que podrá referirse a una o varias fincas, contendrán, además del nombre del notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien solamente reseña identificadora en la que se haga constar su naturaleza, término municipal de su situación, extensión y linderos, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y si fuesen conocidos, los datos registrales de ellas y los del titular registral o al menos los del transmitente.

4. La información podrá ser solicitada sin expresión de plazo o para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición.

El Reglamento Hipotecario español (vid. artículo 354 a) completa esta regulación ordenando al registrador:

a) que remita la información en los tres días hábiles siguientes a la recepción de la petición, o en cinco, si el número o el historial de las fincas hace imposible cumplirlo en el plazo citado. Incluirá en la información las solicitudes de otros notarios pendientes de despachar o remitidas en los diez días naturales anteriores;

b) que comunique al notario, dentro de los nueve días naturales siguientes a la remisión de la información cualquier alteración que modifique el informe remitido. Incluirá en la comunicación también las solicitudes remitidas por otros notarios en dicho plazo respecto a la misma finca.

La importancia de esta obligación del notario de solicitar la información registral la destaca la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 25 de septiembre de 2001, insistiendo en que se trata de una obligación del notario, de la que solo puede quedar liberado si concurren de forma acumulativa la renuncia del adquirente y se haga constar la urgencia del otorgamiento.

En esta misma Resolución se añade que si habiendo mediado solicitud de la información registral, se reciba comunicación del registrador de que ha mediado otra solicitud de información de otro notario, el notario advertirá expresamente de esta circunstancia a los otorgantes, siendo conveniente que haga constar esta advertencia en la propia escritura, debiendo abstenerse de autorizar, cuando albergue duda la exactitud de la información que posea el adquirente, o cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito. Con independencia de lo que con carácter, un tanto formal dice esta Resolución, lo prudente, ante una doble solicitud de información registral, es ponerse en contacto ambos compañeros notarios y no autorizar la escritura hasta que se aclaren las causas de esta doble solicitud y todo ello sin perjuicio de cumplir lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado aconseja.

2º. Cargas que no resultan del Registro de la Propiedad.

Pueden existir cargas que por causas diversas no consten en el Registro de la Propiedad, pero sí en el título que se le exhibe al notario. En estos casos el notario deberá hacer constar en la escritura todas las cargas y limitaciones que resulten del título y afecten al inmueble que se transmite, siempre que no estuviesen ya canceladas. Destacan en este sentido, las derivadas del régimen de propiedad horizontal, de los conjuntos inmobiliarios, etc. De aquí la importancia de que se aporte al notario la copia autorizada del título de adquisición.

3º. Cargas que no constan en el Registro de la Propiedad, ni en el título, pero que deberá hacerse constar por exigencia legal. Destacan por su interés:

- La del cónyuge propietario privativo de una vivienda (y de sus muebles), de que no es el domicilio habitual del matrimonio (vid. artículos 1320 del Código Civil español y 91 del Reglamento Hipotecario).

-La del que venda una finca urbana de estar o no arrendada (vid. artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994).

-La del que transmite un piso local a título oneroso, de estar al corriente en el pago de los gastos de comunidad, o la expresión de los que adeuda; deberá

acreditarse con la certificación de la comunidad, sin la cual no puede autorizarse el documento, salvo expresa exoneración por el adquirente (vid. artículo 9° de la Ley de Propiedad Horizontal).

La del que transmite una finca rústica, de estar o no arrendada, y si no lo está, de si ha hecho uso en los seis años anteriores del derecho que le reconoce el artículo 261 de la antigua Ley de Arrendamientos Rústicos: denegación, prórroga para cultivar finca directamente el arrendador (vid. artículos 26 y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980). Esta exigencia no será de aplicación a los arrendamientos que se rijan por la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y a los antiguos en la medida que la antigua le sea aplicable, conforme con las normas de Derecho transitorio.

En la venta de solares y terrenos la situación urbanística y las cargas y limitaciones derivadas de ella.

La Ley de Acompañamiento a la de presupuesto de 2004 exige que los notarios solicitarán información y advertirán expresamente a los comparecientes en los documentos que autoricen sobre las deudas pendientes por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles asociadas al inmueble que se transmite, sobre el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentar declaración por el impuesto, cuando tal obligación subsista por no haberse aportado la referencia catastral del inmueble.

B) Si se trata de los actos jurídicos sobre muebles, sean o no registrables, acciones o participaciones sociales, el criterio es el de estar a lo pactado por las partes o a lo que manifieste el transmitente o constituyente, y a lo que resulte de los títulos presentados. Debemos, no obstante, recordar la prudencia con la que el notario debe actuar y su obligación de asesorar debidamente a las partes.

Valoración crítica del sistema vigente

El artículo 175 del Reglamento Notarial, complementado con lo dispuesto en el artículo 249 del Reglamento Hipotecario ha supuesto un avance para la seguridad jurídica en las relaciones entre la Notaria y el Registro de la Propiedad, puesto que si se recibe la información del Registro el mismo día de la autorización del documento y en ese mismo día el notario solicita, conforme con el artículo 249, el asiento de presentación, el margen para que pueda entrar un título preferente al autorizado es escaso. No obstante, el riesgo existe y el ideal habría sido obtener la preferencia desde que constase la solicitud por el notario durante un plazo breve, tal y como ocurre en otras legislaciones, como la argentina. La razón esgrimida para negar esa preferencia es no considerar correcto que un derecho pendiente de nacer pudiera tener preferencia sobre otro ya nacido. Este tema se ha agravado con la Sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Castellón el 2 de octubre del 2000 que declaró la falta de responsabilidad por el Registrador si existe error en la nota simple informativa, ya que este tipo de responsabilidad solo se dará cuando la información del contenido del Registro se haga mediante certificación. Nos consta que muchos

registradores están también en desacuerdo con el contenido de la referida Sentencia.

2.5.2. Determinación de cargas y gravámenes en el ordenamiento cubano

Por el propio contexto del Derecho cubano y la realidad de nuestro tráfico jurídico, es poco probable la existencia de gravámenes sobre bienes inmuebles, precisamente por el carácter más que excepcional que tiene la hipoteca en Cuba (vid. Decreto-Ley N° 214/2000 de 24 de noviembre, Constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles, con un ámbito de aplicación objetiva y subjetiva, restringidos) y porque garantías reales como la prenda y el derecho de retención (vid. artículos del 270 al 279 del Código Civil), en materia mobiliaria, resultan muy poco utilizadas por los operadores del Derecho.

Empero, con la entrada en vigor de la citada Instrucción N° 6/2003 de 15 de octubre del Director de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia, en aplicación de la Resolución 247/03 del Ministro de Justicia, que estableció las normas para la inscripción de los inmuebles, títulos y derechos reales en el Registro de la Propiedad, hoy abrogada por la Resolución 249/05 de 24 de marzo del 2005 del propio Ministro, en vigor desde el 1° de diciembre del 2005, a cuyo tenor se disponen las Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, ha quedado establecido el deber del notario de solicitar certificación de dominio y gravamen cuando va a autorizar una nueva escritura, cuyo título antecedente fue inscripto en el Registro de la Propiedad, a partir de la entrada en vigor de la citada Instrucción. Certificaciones, entre las que puede expedir dicho Registro, según el artículo 65.2 de la Resolución 249/2005, en las cuales, “Además de los elementos contenidos en la certificación de dominio, expresan las hipotecas inscritas en el Registro sobre fincas rústicas, que no se encuentran canceladas y las que se encuentren inscritas en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto-Ley No. 214 de 24 de noviembre del 2000, del que resuelve, o cualquier otra carga que pese sobre el inmueble”.

Esta certificación de dominio y gravamen nos permite saber si la persona que aparece en el título de propiedad continúa siendo dueña de la finca y ésta no ha variado su superficie y saber si existe o no, limitación del dominio o algún otro gravamen que afecte al inmueble.

2.6. Determinación del valor: determinación en moneda extranjera

Según el artículo 177 del Reglamento Notarial español: “el precio o valor de los derechos se determinará en efectivo con arreglo al sistema monetario oficial en España”, que como en la mayoría de los países de la Unión Europea, actualmente es el euro.

El valor es una circunstancia descriptiva de una finca o derecho, que sirve para su mejor identificación; por eso, su constancia en el instrumento no es obligatoria. Sin embargo, exigencias fiscales (e incluso corporativas) aconsejan

atribuir un valor al objeto del instrumento, aun cuando no medie precio o contraprestación (obra nueva, segregación, donación, etcétera)

El precio, por el contrario, es un elemento esencial de los negocios jurídicos onerosos, de constancia necesaria en el documento; así ocurre con el precio en la compraventa o con el abono de diferencias en dinero, si las hay, en las adjudicaciones en pago de deudas. Como en las escrituras debe constar con precisión “la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago” (cfr. artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria y 58 del Reglamento Hipotecario), confesado, recibido de presente o aplazado en todo o en parte; en este caso se hará constar los plazos y el interés en su caso⁸⁸.

El Reglamento notarial cubano reconoce en el artículo 70 lo referente al precio o entrega de cantidades cuando se instrumente un negocio en el que las partes prevean pagos parciales o entrega de bienes. Incluye las dos modalidades: pago en presencia del notario, supuesto en el que se dará fe del acto mismo de entrega del bien, lo cual tendrá el valor de una mención auténtica, por provenir del dicho del notario, forma parte del dictum notarial, que de visu ha comprobado la entrega, amén de la simulación que pudieran encubrir los comparecientes y, el pago confesado, cuando el notario no da fe del acto mismo de entrega, sino del dicho de los comparecientes, aquí el notario se apoya en el auditu, o sea, en lo que escuchó decir a los comparecientes, al manifestar estos que la entrega del pago se realizó con anterioridad al acto, supuesto en el cual corresponde al notario advertirles a los comparecientes que “confesado como ha sido el pago de dicho precio o la entrega de la cosa o cantidad, queda libre el bien o derecho de toda reclamación por razón del mismo, aunque se justificare en lo sucesivo no ser cierta su entrega en todo o en parte”, sustentado ello en la buena fe objetiva, entendida en la confianza depositada por terceros en el acto protagonizado por los comparecientes que, si pretendieran negar la entrega o pago, verían alzarse como un valladar inexpugnable, la prohibición de cualquier conducta posterior que implique el venire contra factum proprium.

Determinación en moneda extranjera

El Reglamento Notarial español exige que “el precio o valor de los derechos podrá expresarse en moneda o valores extranjeros, pero reduciéndolos simultáneamente a moneda española” (cfr. artículo 177), lo cual hay que entender como moneda o valores extranjeros distintos del euro.

El pago en moneda extranjera, durante muchos años, ha estado sometido en España a severas normas restrictivas, que han desaparecido en el Real Decreto de 20 diciembre de 1991 consagrando la nueva regulación la libre circulación de capitales. No obstante, existe un control de los medios con los que se hace una inversión, que obliga al notario cuando se formalice ante él los pagos entre residentes y no residentes que impliquen inversiones extranjeras según la Ley, exigir la presentación de los documentos que acrediten el origen de los medios de pagos utilizados para la operación, reseñándolos o incorporándolos a la matriz.

⁸⁸ Apud Tamayo Clares, M., Temas..., cit., pp. 147-148.

El Código Civil cubano establece en su artículo 240, apartado 1º, que la moneda de pago debe ser la moneda nacional (pesos cubanos o pesos convertibles). Empero, el apartado 2º dispone: “El pago de las obligaciones en moneda extranjera se autoriza en los casos y en la forma que establezcan la Ley, el Gobierno o las disposiciones del Banco Nacional de Cuba”. Por ello, si bien todas las transacciones que en Cuba se hagan se pagarán en moneda nacional, nada quita v.gr. que se fije una moneda extranjera, como pudiera ser el propio euro, objeto de un contrato de préstamo entre particulares, cuando el prestamista entregó esta moneda y de común acuerdo las partes del contrato, la fijaron como moneda de pago para la devolución del préstamo. Se trataría entonces de una obligación pecuniaria, de restitución, en moneda extranjera.

3. Parte dispositiva

La parte dispositiva es la más variada de cuantas integran el instrumento público. En ella corre, como en ninguna otra, la fértil creatividad del notario. Se redacta en forma de cláusulas, tan disímiles, como diferentes son los documentos que a diario autoriza un notario público. Se dice que es la “esencia, el alma, la razón de ser” del instrumento público⁸⁹. Regulada en los artículos 66 y 83 del Reglamento notarial, en las escrituras y en las actas, respectivamente.

Las cláusulas, siguiendo a Tamayo Clares, se pueden articular en forma en estipulaciones o de disposiciones. Las primeras son propias de los contratos, en tanto las segundas de las donaciones y testamentos, en que el otorgante enajena, transmite o cede un derecho o una cosa a otra persona⁹⁰.

Conforme con la Ley española de 27 de diciembre de 2001 de Acompañamiento, en la redacción que da al artículo 17 bis, también debe dar fe el notario en el instrumento de que “el otorgamiento se adecua... a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”. Este es el sentido tradicional de la teoría de la adecuación.

Como dice Rodríguez Adrados, la fe pública, sin dejar de ser una y la misma, tiene que resultar modalizada según las diversas realidades a que se aplica. Una cosa es la realidad física, y otra muy distinta son los actos humanos y, en especial, las declaraciones negociales; si el notario tratara las declaraciones de voluntad como una mera realidad física, convirtiéndose en un taquígrafo o en una cinta magnetofónica, solo en una consideración muy superficial podría decirse que la narración documental era “fiel”; porque en el fondo no había recogido en el documento la voluntad “verdadera” de los otorgantes, y hasta

⁸⁹ Así, González, C. E., *Teoría general...*, cit., p. 201.

⁹⁰ Tamayo Clares, M., *Temas...*, cit., p. 159.

podría decirse que su narración era “falsa”⁹¹. El Reglamento Notarial dispone, en consecuencia, que los notarios “como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar” (cfr. artículo 1º.2.1); en virtud de tales actuaciones y las impuestas por los artículos anteriormente vistos del Reglamento Notarial, el notario formará este juicio de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, del que el artículo 17 bis 2.2.a) le impone que dé fe en el instrumento, aunque limitadamente al estadio de información y sin comprender por tanto el de consejo; esta nueva solemnidad documental carece de precedentes en el Derecho comparado.

Ha de emplear en todo momento el notario un lenguaje claro en la redacción de las cláusulas que integran esta parte del instrumento. “En el clausulado se vuelca la creatividad del profesional del derecho (...). El notario despliega su actividad de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia”⁹². Por ello el artículo 66 del Reglamento notarial establece que “el Notario redactará con claridad, precisión y propiedad de estilo”, esto es, el lenguaje ha de ser diáfano, preciso, propio de un profesional versado en el arte de escribir, para lo cual evitará repeticiones innecesarias, recursos literarios alambicados que conculquen la claridad meridiana del documento. Ha de evitar el empleo de términos permeados de equivocidad, frases ampulosas, períodos demasiado extensos, y sí, por el contrario, una imputación atinada a cada uno de los comparecientes, respecto de lo que ha expresado en el acto notarial a instrumentar.

El notario actúa cuán un artista, esculpiendo la piedra, moldeando la arcilla, retocando el cuadro que ante él se ofrece, fruto de su propia autoría. Para ello, como perito cualificado en su materia, ha de ir perfilando el instrumento. Suelen concurrir ante él personas, legos en Derecho, y que en consecuencia, no disponen de las herramientas jurídicas a su alcance para encauzar sus pretensiones. Le compete, por tanto, subsumir el negocio a instrumentar, cuán un sacerdote que sostiene en sus manos al recién nacido sobre la pila bautismal, en el torrente de normas jurídicas vigentes, para darle un cauce legal, y con ello arroparle de tutela normativa, en lo que sería su bautizo jurídico. En las escrituras prevalece la función moldeadora del notario, de esas declaraciones de voluntad puras, conscientes, libres, expresadas ante él, pero sin el ropaje jurídico necesario, el notario destilará cláusulas armónicamente ordenadas y nítidamente perfiladas en su esencia y contenido. En las actas, suele prevalecer la función narradora, descriptora de lo que de visu et auditu, ha podido comprobar sensorialmente. Adpero, en unas y otras, ha de demostrar su sapiencia, y asumir la

⁹¹ Rodríguez Adrados, Antonio, “Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001” en Escritura Pública, Consejo General del Notariado español, 2004, pp. 68-69.

⁹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, 7ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 260.

responsabilidad que le concierne. En la redacción de las cláusulas no solo oteamos al profesional del Derecho, altamente cualificado, que el notario es, sino al humanista, al letrado que ha de ser. Sin duda que “al determinar el contenido del clausulado, realiza una obra, un objeto visible y palpable. Redactar las cláusulas es crear, porque el docto busca y escoge de las distintas disposiciones legales vigentes, aquellas que mejor convienen al caso concreto y las ordena conforme a una estructura y forma determinada”⁹³.

El notario ha de hilvanar las cláusulas siguiendo un estricto orden lógico, que su experiencia, su intuición y pericia profesionales le permitirán dar en cada instrumento público que autorice. No por mero capricho el autor del Reglamento notarial exige en el artículo 66 una ordenación prelativa de las cláusulas a los efectos del acto o contrato a instrumentar. Así, v.gr. al escriturarse un contrato de compraventa, no podrá incluirse en la primera cláusula dispositiva la obligación de pago del precio por el comprador, si previamente, no se ha descrito la obligación de entrega a cargo del vendedor y el precio de venta que ambas partes contratantes acuerdan fijar. Similar sucede en un testamento, en el cual no podrá designarse un sustituto a un heredero o a un legatario, si en una cláusula anterior no se ha instituido el heredero o legatario que, con clara previsión, pretende el testador nombrarle sustituto.

En aquellos instrumentos en los que se califiquen varios actos, pero que pueden tener una unidad formal o documental, o sea, que pueden incluirse en un mismo instrumento público, también habrá que seguir un estricto orden lógico en su calificación jurídica (*nomen iuris*), ergo en la narración de cada cláusula. V.gr. no es posible que uno de los coherederos pueda adjudicarse una vivienda, si el titular, ahora devenido en causante, que la construyó por esfuerzo propio, no la describió ante notario. Habrá entonces que describir la obra (inmueble urbano) por los herederos concurrentes, que en el propio instrumento, pero previo a la descripción, manifiestan su voluntad de aceptar la herencia, ya que solo en calidad de herederos del causante, pueden describir la obra, que hoy se adjudican. Si el resto de los coherederos estuvieren interesados en ceder los derechos hereditarios, tendría entonces, por supuesto, que narrarse primero el acto de cesión de derechos hereditarios, para a posteriori, el único heredero, devenido adjudicatario (en tanto heredero y cesionario de los derechos hereditarios, del resto de los herederos), se adjudique el inmueble⁹⁴.

Cabe acotar, por último, que cada cláusula no es un compartimiento estanco, todas tienen por fin la instrumentación de un hecho, acto, negocio jurídico o circunstancia con relevancia jurídica, y han de ser interpretadas, las unas por las otras, en pos de su eficacia.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Se trataría por tanto de una escritura pública de aceptación de herencia, descripción de obra, cesión de derechos hereditarios y adjudicación de vivienda. Y en ese mismo orden prelatorio, imposible de alterar, se redactarían las cláusulas del instrumento.

4. Otorgamiento

Sostiene Rodríguez Adrados que “Suele hablarse de otorgamiento en un sentido amplio, equivalente a todo el acto notarial o, en la dimensión papel, a la correspondiente parte del documento que lo narra; y en ambos casos con la inclusión inicial, o no, de las reservas y advertencias legales (...). Pero en un sentido estricto, otorgamiento, conforme a su etimología, consiste en la asunción de la autoría de las declaraciones por aquellos comparecientes que, en su virtud, se conocen por 'otorgantes', lo mismo si sus efectos jurídicos se van a producir en su misma esfera, que si, como pondrá de relieve la Intervención de la escritura, van a originarse en una esfera jurídica ajena; el otorgamiento consiste, pues en la prestación del consentimiento (...)”⁹⁵. Es la asunción de la paternidad del negocio o acto instrumentado por los otorgantes.

Exclusivo de las escrituras, de ahí su regulación, únicamente en el artículo 67 del Reglamento notarial, en sede de escrituras públicas. Lógico, solo otorgan, quienes prestan consentimiento, y ello es propio de los actos y negocios jurídicos, instrumentados a través de escrituras, no de actas. Los comparecientes en las actas, solo prestan su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario, expresando a través de su firma, estar contestes con la declaración de voluntad no comercial imputada o con la narración del hecho o circunstancia con relevancia jurídica, interesada.

En el ordenamiento jurídico español, el artículo 17 bis, introducido por la Ley de 27 de diciembre de 2001, entre las daciones de fe que deberá dar el notario se refiere: a “que el consentimiento ha sido libremente prestado”. Este juicio, como dice Rodríguez Adrados, podría también considerarse anteriormente incluido en el juicio general de legalidad, aunque tenga su propia autonomía; ahora se le formula expresamente y se añade la exigencia de su constancia documental⁹⁶.

Siguiendo con Rodríguez Adrados, el precepto, incluso en su literalidad, solamente se refiere a dos de los vicios del consentimiento (vid. del Código Civil español, artículo 1265 y ss.), la violencia y la intimidación, pues el error y el dolo -engaño doloso- encuentran mejor encaje al tratar de las funciones de información y de asesoramiento del notario; debiendo recordarse aquí cómo el notario también deberá dar fe “de la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”. Y según su mismo tenor literal se limita a contemplar el momento final del iter contractual, el de la prestación del consentimiento, sin incluir las maniobras que puedan haber tenido lugar con anterioridad, que no están comprendidas en la presente norma; la imprescindible presencia del notario en este acto impide por sí sola que para arrancar su consentimiento puedan ejercerse durante él, violencia o intimidación sobre los otorgantes o a alguno de ellos, ni por la otra parte ni por terceros, a menos que la misma violencia o intimidación se ejerciera también contra el notario, pues en

⁹⁵ Rodríguez Adrados, A., “Formación del instrumento público...”, cit., p. 449.

⁹⁶ Rodríguez Adrados, A., “Incidencias en la seguridad jurídica...”, cit., p. 61.

otro caso éste denegaría inmediatamente su actuación. Esta obviedad es la que hacía que la actuación notarial en defensa de la libertad de los otorgantes no se llevara expresamente a los textos legales españoles o extranjeros al tratar de la función del notario⁹⁷.

4.1. Unidad de acto

Uno de los temas más controvertidos aún en el Derecho Notarial, lo constituye, sin temor a equivocarnos el concerniente a la unidad de acto, catalogada como principio que informa la actuación notarial en los países del notariado latino. Se ha entendido como la plena audiencia notarial, o sea, la concurrencia simultánea, del notario, los comparecientes, testigos y demás concurrentes en el acto notarial del otorgamiento y autorización del documento público, sin interrupción alguna, salvo alguna que puede ser pasajera.

Según Pelosi⁹⁸ la unidad de acto alcanza:

A la unidad de tiempo, que establece la continuidad que se desplaza entre el otorgamiento y la autorización.

A la unidad de lugar, que se halla establecida en la oficina del notario dentro de su competencia territorial o el lugar al que fue requerido.

A la unidad de personas, o sujetos que convergen en la audiencia notarial a la realización del acto jurídico, cumpliéndose el principio de la inmediación.

A la unidad de acción, o de contexto por la existencia de intereses comunes, convergentes y coherentes, es decir un mismo negocio y un mismo documento; además del rito formal que comprende, de un lado el otorgamiento de los comparecientes, que involucra la lectura y la firma; y de otro, la autorización del notario.

Según esta formulación del principio de unidad de acto, el tiempo de la comparecencia, la lectura, el otorgamiento y la autorización deben ser únicos. La audiencia notarial debe empezar y continuar sin interrupción hasta su conclusión con la autorización. Igualmente único tiene que ser el lugar donde comparecen las partes (cuando lo hacen por sí, o sus representantes, cuando lo hacen por representación) en presencia del notario. De este modo no es posible que uno comparezca en la sede notarial y el otro, por ejemplo, en su centro de trabajo o en el hospital. Asimismo sucede con las personas, todos los comparecientes al acto notarial deben estar presentes simultáneamente al mismo tiempo y al mismo lugar, lo contrario significaría para ellos formalmente la inexistencia del acto notarial.

⁹⁷ *Idem*, pp. 62-63.

⁹⁸ Pelosi, Carlos A., *El Documento Notarial*, Editorial Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1997, p. 133

Esta concepción la ha defendido la doctrina tradicional. Para González Palomino "El concepto de unidad de acto es esencial para comprender el instrumento público"⁹⁹. A lo cual se une la voz más que autorizada de Núñez Lagos que junto al principio de inmediación en sede notarial, incorpora el de concentración "La audiencia como hecho, en el plano del instrumento, es siempre, por su propia naturaleza y función, un hecho unitario y 'concentrado', esto es, regido por el principio de concentración". "La audiencia –aclara- es una 'endo-patía', un sentir, los unos delante de los otros – visu et auditu-, 'a la vez', cada uno 'con los demás'"¹⁰⁰.

De la unidad de acto puede hablarse en sentido sustantivo, referido al negocio jurídico y en sentido instrumental o formal, referido al documento. En sentido sustantivo la unidad de acto supone que el negocio jurídico ha de realizarse en forma seguida, sin que pueda hacerse en momentos separados. El supuesto típico es el del testamento. En sentido formal la unidad de acto supone que cada otorgamiento ha de hacerse en un solo acto. "Escuchar y percibir la lectura del instrumento todos a una, co-sentir para consentir; identitas mentis et voluntatis"¹⁰¹. Ocurre, que un negocio jurídico puede hacerse mediante otorgamientos sucesivos, no existirá entonces una unidad de acto en sentido sustantivo, pero en cada una de las escrituras o diligencias notariales referidas a los distintos otorgamientos deberá cumplirse la unidad de acto formal o instrumental.

Expresamente, ni la Ley Orgánica del Notariado español, ni el Reglamento Notarial actual imponen la unidad de acto en los actos inter vivos, sí que la recogieron algunos Reglamentos anteriores. No obstante, la doctrina considera que es un requisito necesario de las escrituras. El Reglamento notarial cubano tampoco lo reconoce expresamente, si bien se ha entendido reconocido en el artículo 35, que al regular la lectura del documento público notarial lo hace en el presupuesto de existencia de la plena audiencia notarial, otra cosa no implicaría que "El Notario leerá el documento notarial a todos los comparecientes, testigos, y cualquier otro interviniente", sin solución de continuidad alguna, en tanto "... el Notario procederá a su lectura en alta voz lo cual hará de inmediato, salvo en aquellos actos que tengan diligencias sucesivas" e inmediatamente después de "Concluida la lectura (...) preguntará a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, si están conformes con el contenido del documento notarial y si lo estuvieren, se procederá en el acto a su firma". Es cierto que el precepto no menciona la expresión "unidad de acto", pero exige la plena audiencia notarial, coetaneidad de personas, relación de inmediatez del notario frente a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, unidad de tiempo y de lugar en función de la misma acción, firma de todos los sujetos concurrentes y autorización notarial.

⁹⁹ Cit. pos Rodríguez Adrados, A., "Formación del instrumento público...", cit., p. 454.

¹⁰⁰ Idem, p. 454.

¹⁰¹ Ibídem

De aquí que debamos distinguir:

unidad de acto en las escrituras públicas, supone su cumplimiento en el otorgamiento, es decir que en un solo acto en presencia del notario, otorgantes y testigos instrumentales, se haga la lectura, el consentimiento, la firma y la autorización (plena audiencia notarial).

Ciertamente este concepto clásico de la unidad de acto hay que matizarlo, en cuanto a la lectura, como lo hace Rodríguez Adrados, desde el momento en que la reforma del Reglamento español de 1967 ha permitido la lectura del documento por los otorgantes¹⁰², por lo que puede ser conveniente reforzarla “por la confesión de la lectura” (ello a juicio de García Bernardo es respetar la unidad de acto en su sustancia¹⁰³) y por el deber del notario de controlar que dichos otorgantes tienen conocimiento de la escritura. Nos parece que a estas ideas responde el artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado en su redacción dada por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 2002 al establecer que “el notario deberá dar fe de... la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”, a la que antes nos referíamos.

- Unidad de acto en los testamentos, tal y como lo recoge el artículo 699 del Código Civil español y el artículo 484.4 del Código Civil cubano, es una unidad de acto sustantiva. El Código Civil español se pronuncia de modo expreso al disponer: “todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por un accidente pasajero”. En tanto, el Código Civil cubano recoge implícitamente el principio en ocasión de regular las formalidades del testamento notarial “El testamento se lee en alta voz y si el testador está conforme con su contenido, lo firma conjuntamente con el notario y los testigos”. Se acoge, sin duda, como también lo hace su homólogo español a un criterio de flexibilización de la rigidez de la unidad de acto, al no exigirse en la fase preparatoria de la redacción del documento a tenor de las instrucciones dadas por el cliente de manera oral o por escrito (a través de minuta, según lo prevé el artículo 42 del Reglamento notarial cubano), sino a partir del momento de la lectura del documento.

Vemos cómo dentro de esa unidad de acto, no se recoge la expresión de la voluntad por el testador al notario, ni la redacción del testamento.

Unidad de acto en las actas. Conforme con el artículo 197.4 del Reglamento Notarial español: “no requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después. En este caso se distinguirá cada parte del acta como diligencia diferente”. En el Reglamento notarial cubano no

¹⁰² *Ibídem*, p. 455.

¹⁰³ García Bernardo, Alfredo, “Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)”, en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1968, pp. 127 y 132.

se exige en todos los casos, pero tampoco se descarta su cumplimiento. A diferencia del artículo 35, el 86 sí que alude expresamente a él, aun cuando no lo impone. Pero un estudio detenido del precepto pudiera llevarnos a la conclusión de que la regla es el cumplimiento del principio, y la excepción, aquellas actas como las de notificación, requerimiento y protesto (vid. artículos 85, incisos a) y f), 89, incisos c) y d), 90, 91, 93, 94, 95, todos del Reglamento notarial) que no pueden cumplimentarlo por tener varias diligencias, cada una de las cuales llevará la fecha, hora y lugar en que se redacten, y a continuación serán firmadas por el notario y el compareciente, de modo que cada diligencia cumplirá per se con la unidad de acto instrumental.

Como hemos expresado el tema hoy día no es nada pacífico, pues se combate desde distintos puntos de vista el principio de unidad de acto, sobre todo para los instrumentos públicos que contienen actos inter vivos.

Señala Pelosi que ya desde el II Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en 1950 en Madrid, se aprobó una declaración estableciendo: "... que respecto a los actos entre vivos no es prudente fijar de manera absoluta la excepcional relevancia que a la unidad de acto le asigna la tradición jurídica universal, pues algunos textos legales admiten los otorgamientos sucesivos en el mismo instrumento o no sancionan su nulidad cuando se ha otorgado con inobservancia de tal requisito"¹⁰⁴. A lo cual agrega: "El estricto cumplimiento de esa formalidad (...) que en las prescripciones legislativas argentinas no es exigida como condición de validez para los actos entre vivos, sino como deber disciplinario impuesto por las leyes adjetivas que regulan la función notarial, se traduce a veces en otro inconveniente que aleja a los contratantes de la escritura pública, por la facilidad que les proporciona la firma del instrumento privado en etapas diferentes"¹⁰⁵.

Destaca Ávila que en la práctica se tiende a prescindir de este requisito, y a "... sustituirlo por la unidad de fecha: las partes pueden comparecer separadamente, pero en el mismo día, ante el Notario y los mismos testigos, para la lectura del instrumento, la manifestación de conformidad y la firma de aquél".¹⁰⁶ Para Guzmán Farfán "Hoy día este requisito de la unidad del acto, ha merecido nueva interpretación un poco más flexible, por eso que en atención además a la actividad comercial y otras que han ido en vertiginoso aumento, es posible cerrar el círculo de la unidad del acto, con la presencia de una de las partes y el Notario, pudiendo ser vendedora, acreedora, donante, etc. y posteriormente con la otra parte, sea compradora, deudora, donataria, etc. en ambos casos siempre en presencia del Notario, quien debe dar lectura a la escritura en ambas ocasiones..."¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Pelosi, C., El documento..., cit., p. 236

¹⁰⁵ Idem, p. 237.

¹⁰⁶ Ávila Alvarez, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 116

En España voces autorizadas como Giménez-Arnau o Díez-Gómez han defendido una lectura matizada de la unidad de acto. Para el primero se trata de una fórmula de bien hacer, pero no un requisito esencial¹⁰⁸. El segundo, expresa que “El principio de la unidad de acto, salvo escasísimas excepciones, es decimonónico, el mundo de hoy no puede supeditar la firma de un documento a que todos los intervinientes se reúnan en el mismo lugar y en tiempo simultáneo. No compartimos este principio. Asuma el Notario que la unidad de acto en su configuración actual pertenece a la época de la iluminación por gas, de las calesas y de los manguitos.”¹⁰⁹.

Parece ser que sin su destierro del ordenamiento notarial, la unidad de acto tiende aún más a flexibilizarse. La nueva visión de la unidad de acto al respecto propone que ésta no se da no por la presencia de las partes frente a frente en un acto que ocurre al mismo tiempo, en el mismo lugar y frente a las mismas personas, incluidos notario y testigos si es el caso, sino en la presencia necesaria e ineludible de cada una de los comparecientes frente al notario, aunque sea en momentos o lugares diferentes. Se prioriza de este modo la dación de fe hecha por el notario, antes que la presencia física simultánea de todos los otorgantes o contrapartes. Con esta concepción se redimensiona el factor de inmediación o autenticidad de fe pública y no la deja supeditada a la opinión confirmatoria de la contraparte otorgante, basta que la manifestación de voluntad y la suscripción o firma —del otorgante— se haya hecho ante el notario autorizante. De modo que la valoración de la inmediación ininterrumpida entre notario y otorgantes, aun sea en audiencias separadas, forma parte de esta nueva perspectiva. La unidad de acto es entendida no como simultánea presencia física de los comparecientes, sino como una unidad de contexto donde convergen las mismas personas, con una misma voluntad y un mismo negocio jurídico, todo refrendado por la dación de fe del notario, que alcanza el otorgamiento (incluida por supuesto la lectura), pero no la autorización notarial¹¹⁰. Se aboga por tanto, por la suficiencia de la fe pública notarial y la inmediación de los comparecientes frente al notario, no frente a sí.

¹⁰⁷ Guzmán Farfán, Saúl, *Derecho Notarial*, volumen II, Editorial Colorgraf, Cochabamba, 2003, p. 115.

¹⁰⁸ Giménez-Arnau, Enrique, *Instituciones de Derecho Notarial*, tomo II, Reus, Madrid, 1954, p. 80.

¹⁰⁹ Díez-Gómez, Aurelio, “La unidad de acto”, separata de la *Revista de Derecho Notarial*, LXXV, enero-marzo, 1972, p. 146.

¹¹⁰ Sobre el tema, además de los criterios tomados, consúltese en detalle el trabajo inédito de María Blanca Velásquez Urea “Nueva visión de la unidad de acto”, Tesis de Maestría en Derecho Civil y Notarial dirigida por Leonardo B. Pérez Gallardo, Cochabamba, Bolivia, 2005 (en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

Es cierta la argumentación defendida, pero la unidad de acto tiene también sus ventajas, lo leído en presencia de todos los concurrentes, al unísono, realza la solemnidad del acto notarial y permite en esa audiencia plena subsanar lo que resulte necesario por no avenirse al sentir de los comparecientes. Nada más imparcial que la autorización del documento público notarial en presencia de todos. Nunca podemos perder de vista que la celeridad que los tiempos actuales imponen, no puede ir nunca es desmedro de la seguridad jurídica. No se trata de conservadurismo, sino de valorar con justeza la esencia misma de la función notarial. Vale el nuevo sentido que pueda darse a la unidad de acto, pero no perdamos nunca de vista la ratio de nuestra función.

4.1.1. Otorgamientos sucesivos

Vinculado con la unidad de acto aparecen los llamados otorgamientos sucesivos que operan cuando un negocio jurídico se ha formado *ex intervallo temporis*, propio de los contratos concertados entre ausentes, o por otras circunstancias *ad. ex.* la ratificación del dominus del negocio concertado entre el tercero y el gestor. En ellos se utiliza la llamada adhesión, en sentido instrumental, formal, entendido como “la integración subjetiva del negocio ‘a posteriori’, la adquisición de la cualidad de parte en instrumento público distinto y posterior al principal, o en el mismo instrumento principal, pero en acto y contexto sucesivo posterior y diferenciado.”¹¹¹

Para que el mecanismo de la adhesión opere se requiere:

- a) Que en el instrumento principal se haga constar completo el negocio jurídico, con reseña de los comparecientes y de los ausentes y la reserva expresa de la parte ausente, con fijación de plazos y requisitos de la futura adhesión, que actúa como una *conditio iuris* del negocio y la advertencia expresa al efecto.
- b) Que en el instrumento adhesivo deba concurrir la parte que faltaba por sí o debidamente representada, con determinación precisa y clara del documento principal, y la declaración expresa del compareciente de que lo conoce íntegramente y su consentimiento y firma del instrumento de adhesión.¹¹²

Este instrumento adhesivo lo puede ser, según prescribe el artículo 176 del Reglamento Notarial español: una diligencia de adhesión, cuando la parte que se adhiere al instrumento principal lo hace dentro de los 60 días naturales siguientes a la fecha del otorgamiento principal y por comparecencia ante el mismo notario, diligencia¹¹³ que se extenderá en la misma matriz (si hay espacio para ello),

¹¹¹ Así lo expresa Tamayo Clares, M., *Temas...*, cit., p. 172.

¹¹² *Idem*, p. 173.

¹¹³ La diligencia es una verdadera escritura, con todos sus requisitos, pero simplificada, dado que no hay por qué repetir todos los datos de la escritura principal, de la que es continuación. Las copias de éstas deben incluir siempre la diligencia de adhesión. Cfr. artículos 178 y 238 del Reglamento Notarial español.

otorgada y firmada por el interesado y autorizada por el notario, o una escritura independiente de adhesión, de haber transcurrido los citados 60 días, sin sujeción a plazo alguno, ante el mismo u otro notario¹¹⁴.

Como ya se ha expresado, los otorgamientos sucesivos no rompen con el principio de unidad de acto formal o instrumental, sino con la unidad de acto negocial. No queda perfeccionado el negocio por un solo documento público notarial, sino con la sumatoria de todos aquellos que tienen las declaraciones negociales de voluntad necesarias para la perfección del negocio. Así, el tercero que ha contratado con el gestor, quien actuado por sí, pero en interés del dominus, requiere de la ratificación de éste en el plazo concedido, de lo contrario, no quedaría perfeccionado el negocio entre él y el dominus negotii. Dicha ratificación, que no es sino la declaración de voluntad del dominus, dirigida a convalidar el negocio, concertado por el gestor con el tercero, se instrumenta a través de una escritura pública independiente, o como algunos ordenamientos jurídicos prevén por medio de una diligencia de adhesión. Pero en todo caso resultan instrumentos públicos notariales independientes que cumplimentan la unidad de acto formal o instrumental. Sucede igual con los contratos concertados entre ausentes (vid. artículo 317.2 del Código Civil cubano), o en el supuesto de la donación cuando se hace por escrito, aplicado ex analogía legis a la cesión gratuita de derechos hereditarios, en que tanto la donación (o cesión) pueden instrumentarse por un documento público notarial, distinto del de la aceptación. Se trata de dos documentos públicos que en conjunto conforman la unidad sustancial o negocial quebrantada. Para lo cual será necesario el empleo de un acta de notificación (otro sentido no tendría la expresión “en forma auténtica” a que se refiere el artículo 374.2 del Código Civil), a los fines de que el donante tenga conocimiento de la aceptación del donatario, cumplimentando así los postulados de la teoría del conocimiento, a la que se afilia, el citado artículo 317.2 en sede de perfección de contratos entre ausentes, y ratifica también el apartado 4º del artículo 374 del mismo cuerpo legal.

En el Derecho español La Ley de Acompañamiento, a la que antes nos referimos, dedica un artículo a la formalización notarial de negocios jurídicos a distancia, disponiendo como “por conducto electrónico podrán dos o más notarios remitirse, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por cada uno de ellos que incorporen las declaraciones de voluntad dirigidas a conformar un único negocio jurídico”. Añade que la materia deberá ser objeto de un desarrollo reglamentario.

Sobre las interesantes aristas introducidas en sede notarial por el desarrollo de la informática Rodríguez Adrados nos dice que este artículo 111 de la Ley de

¹¹⁴ Expresa al respecto Tamayo Clares M., Temas..., cit., p. 173 la carencia de fundamento de que la posibilidad de utilizar el mecanismo de la diligencia de adhesión dependa del transcurso del plazo de ley. La diferencia ha de estar –criterio compartido– en que la adhesión se haga o no ante el mismo notario autorizante del instrumento principal, y que tenga o no espacio suficiente en la matriz para extender la diligencia.

Acompañamiento se refiere precisamente a los supuestos en que un negocio único se conforma por una pluralidad de instrumentos públicos¹¹⁵. Estos instrumentos, tratándose de formalización a distancia, serán autorizados por dos o más notarios, y mientras no entre en vigor el instrumento público negocial electrónico (Disposición transitoria undécima de la Ley del Notariado) tendrán que estar extendidos necesariamente sobre papel. Ciertamente también sería posible su autorización en tiempos distintos por un mismo notario, pero este supuesto no está comprendido en el artículo 111.

El nuevo precepto se limita a establecer que los notarios se remitirán el contenido de estos documentos bajo su respectiva firma electrónica avanzada. A mi parecer, dice Rodríguez Adrados, las declaraciones de voluntad se integran ipso facto en el único negocio jurídico; y éste no puede quedar “plasmado”, como dice el precepto, en un “único documento público”, porque los documentos públicos han sido dos o más, y no pueden dejar de ser, dos o más¹¹⁶. (Lo que quiere decir Adrados es que existen tantos documentos públicos, como otorgamientos ante distintos o ante el mismo notario en momentos diferentes se hayan hechos, aunque todos integren un único negocio).

Lo que las normas reglamentarias han de fijar es el procedimiento para hacer constar en cada documento los otros documentos públicos concurrentes otorgados; pero ni siquiera nos parece preciso esperar a que se dicten tales normas reglamentarias, la aplicación de los artículos 176 y 178 del Reglamento Notarial resulta de momento suficiente.

Cuando legalmente sea posible, que los instrumentos públicos que recojan declaraciones de voluntad, puedan hacerse en soporte electrónico, los otorgamientos sucesivos podrán seguir realizándose sobre soporte papel, o bien mediante soporte electrónico. Pero también en este último supuesto las diversas declaraciones de voluntad y los documentos electrónicos mediante los que se hayan verificado conservarán su individualidad; tampoco el único negocio jurídico podrá quedar “plasmado”, como dice el precepto, en un “único documento público”, porque también entonces los documentos públicos han sido dos o más, y no pueden dejar de serlo.

En la contratación a distancia, que es donde mayores beneficios podría reportar, no es pues posible “una” escritura pública electrónica, porque el negocio único necesariamente habrá de constar en dos (o más) escrituras públicas electrónicas. La escritura pública electrónica sólo podrá existir cuando sea otorgada, con unidad de acto o sin ella, ante un mismo notario; pero no veo, dice Rodríguez Adrados, sus ventajas respecto de la escritura en papel con copia sobre soporte electrónico¹¹⁷.

¹¹⁵ Rodríguez Adrados, A., “Incidencias en la seguridad jurídica...”, cit., pp. 93 y ss.

¹¹⁶ Idem, p. 95.

¹¹⁷ Ibidem, p. 95.

4.2. Reservas y advertencias legales

La ilustración a los comparecientes sobre el contenido del instrumento y sus consecuencias ha sido una actividad fundamental del notario a través de la historia. Así concebida la “cercioratio” forma parte del deber general de informar a los interesados del valor y alcance de la redacción dada al instrumento, incluso cuando lo ha sido conforme a minuta (vid. artículos 42 y 43 del Reglamento notarial cubano).

Con este sentido se inscriben las advertencias legales, “prevenciones que deben hacer los Notarios para que los otorgantes (sic) queden informados sobre la significación y alcance de sus actos y cumplan determinados requisitos posteriores derivados del otorgamiento”¹¹⁸. Constituyen una parte importante del quehacer notarial. Muy vinculado con su función asesora, reconocida en el artículo 10, inciso II), de la Ley de las Notarías Estatales, le compete expresar oralmente o por escrito, en el otorgamiento en las escrituras, o en la parte expositiva en las actas (cfr. artículos 67 y 82 del Reglamento notarial) si así, se exigiere, lo que en doctrina se denomina reservas y advertencias legales.

Nos dice la profesora Urrutia de Basora que “En el caso de las llamadas reservas, los tratadistas españoles señalan que todas son advertencias, pero que se trata en especial de prevenciones que hace el notario sobre derechos específicos”¹¹⁹. “Son –como expresa Tamayo Clares– avisos del Notario acerca de la existencia de derechos preferentes a favor de terceras personas”¹²⁰. Quedan incluidas aquí, la reserva de usufructo o nuda propiedad del que enajena, o de los intereses privados de los contratantes, o de terceros ajenos al contrato, los retractos, las advertencias de hipotecas legales tácitas a favor del Estado, o del Municipio, o de persona particular. En tanto, existen también “la advertencia de deberes, tales como la presentación de documento a los registros, liquidaciones de impuestos y todas aquéllas que tienen como fin la tutela de intereses de los otorgantes, para evitar sanciones fiscales, o recordarles las diligencias necesarias que tienen que hacer para lograr la eficacia de sus negocios. En la mayoría de los casos, los otorgantes desconocen las limitaciones legales, pero sabemos que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento”¹²¹. En ambos casos el notario cumplimenta el deber de información a su cargo. Como expresa la mencionada profesora “Obviamente, se supone que al aceptar y firmar el documento en que constan las reservas y advertencias hechas por el notario, además de las hechas

¹¹⁸ Tamayo Clares, M., Temas..., cit., p. 161.

¹¹⁹ Urrutia de Basora, Cándida Rosa, “Las advertencias legales en instrumentos públicos”, en <http://www.LexJuris.com/>, consultada el 22 de noviembre del 2004, p. 3.

¹²⁰ Tamayo Clares, M., Temas..., cit., p. 162.

¹²¹ Idem.

verbalmente, los otorgantes reconocen que han quedado enterado de las mismas”¹²².

La Dirección de los Registros y del Notariado de España en Resolución de 6 de agosto de 1935 (Ref. El Derecho 1935/47) referente al contenido de las reservas y advertencias legales ha dejado dicho “... que el concepto estricto de éstas solamente comprende las prevenciones relativas a derechos de terceras personas o a obligaciones de los sujetos del acto notariado (...)”. En fin, buscan dotar a los comparecientes de una información lo más detallada y exhaustiva posible sobre el negocio o hecho instrumentado, los posibles derechos de terceros y los deberes o cargas a ser cumplimentados por los titulares de los intereses en juego.

Es dable aclarar que nuestro Derecho positivo sólo refrenda las advertencias legales, no así las reservas de derechos, quizás por el desuso en que han caído estas últimas, criterio que no es compartible, pues sería cuestión de demostrar su vigencia, lo cual no es nada difícil.

En el Derecho español, en relación con el catastro, conforme con la Ley de Acompañamiento de 1996, existe la obligación de aportar la referencia catastral por las personas y en los supuestos contemplados en esa norma, pero la propia Ley establece que: el incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral no impedirá que los notarios autoricen el documento, ni afectará a su eficacia, ni a la del acto o negocio que contenga, pero en este caso, deberán: Advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 de esta Ley.

La Ley de Acompañamiento a la de presupuesto de 2004 exige que los notarios solicitarán información y advertirán expresamente a los comparecientes en los documentos que autoricen sobre las deudas pendientes por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, asociadas al inmueble que se transmite, sobre el plazo dentro del cual están obligados los interesados a presentar declaración por el impuesto, cuando tal obligación subsista por no haberse aportado la referencia catastral del inmueble, sobre la afección de los bienes al pago de la deuda tributaria y sobre las responsabilidades en que incurran por la falta de presentación de declaraciones, por no efectuarlas en plazo o por la presentación de declaraciones falsas, incompletas o inexactas.

Con independencia de la fórmula genérica a la que se refiere el artículo 194 del Reglamento Notarial (“hechas las reservas y advertencias legales”), algunas de ellas se recogen expresamente en el instrumento. Destacamos las más frecuentes:

Las de cumplir las obligaciones fiscales y la de la afección de los bienes al pago del impuesto.

Las de inscripción en los Registros Públicos y la de remisión por el notario, por fax, a los efectos del asiento de presentación.

¹²² *Ibidem*.

Las limitaciones que afecten a las viviendas de protección oficial.

En determinados préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, hechos por entidades de crédito, las derivadas de la protección al consumidor según la conocida Orden de 5 de mayo de 1994.

Similar situación se suscita en el ordenamiento jurídico cubano. La profesora Urrutia de Basora siente preocupación por la extensión cada vez más creciente de la parte correspondiente a las advertencias legales, criterio que compartimos, sin afectar para nada la seguridad jurídica. La legislación notarial cubana no exige que todas las advertencias legales se hagan por escrito, quedará al prudente criterio del notario instrumentar las que considere oportunas, amén de las que dispongan las normas especiales, que cada vez son más. Pero tiene razón la mencionada profesora cuando dice “De tal manera ha ido aumentando la cantidad de advertencias posibles, que ya un notario responsable no se atreve a utilizar su 'juicio prudente' cuando va a dejar advertencias escritas por temor a fallar en su discreción o a que le indiquen posteriormente que: 'debió haber incluido esto'. Por lo tanto, no utiliza su discreción. El precio es muy alto”¹²³.

No obstante, hay que tener en cuenta que la omisión de una advertencia legal en un instrumento público notarial no es causal de nulidad, y sí tan solo de corrección del notario autorizante.

A modo de ejemplo, cabría citar como advertencias legales más usuales, según las sistematizan Fernández Padrón y Fernández Martínez¹²⁴:

- la referida a la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente, señalando el plazo establecido para ello¹²⁵,
- la referida a la obligación de pagar el impuesto sobre transmisión de bienes y herencias, en el supuesto que corresponda, el plazo en que deben liquidarlo y las responsabilidades en que se incurre en caso de incumplimiento de la obligación¹²⁶.

la relativa a que debe consignar el notario en las escrituras de donación o permuta de bienes inmuebles sobre la posibilidad de que los actos contenidos en ellas puedan ser impugnados si el donante o permutante del inmueble abandona

¹²³ *Ibidem*, pp. 5-6.

¹²⁴ Vid., en este propio texto Fernández Padrón Z. y M. Fernández Martínez, “El documento público notarial...”, cit., pp.

¹²⁵ Vid. artículo 75 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales.

¹²⁶ Vid. artículo 23 de la Resolución N° 379/2001 de 23 de noviembre del Ministro de Finanzas y Precios, Reglamento del Impuesto sobre bienes y herencias y Decreto-Ley 218/2001 de 21 de febrero a cuyo tenor, las personas que conciertan contratos de permutas están sujetas al pago del correspondiente impuesto sobre transmisión de bienes y herencias.

el país, con carácter definitivo, en el término de cuatro años, a partir del otorgamiento de dichas escrituras¹²⁷.

la que concierne a los notarios que autoricen escrituras de adjudicación de herencia, donación de viviendas u otros actos de transmisión de dominio, cuyos sujetos de derechos no residan de forma permanente en Ciudad de La Habana y la vivienda que se transmite esté ubicada en la citada Ciudad, supuestos en que consignará en el documento notarial que para oficializar su traslado permanente y el de su núcleo familiar, según el caso, estará obligado a cumplir con lo establecido en el Decreto N° 217 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de fecha 22 de abril de 1997 sobre "Regulaciones migratorias internas para Ciudad de La Habana y sus contravenciones"¹²⁸. la que corresponde incluir por los notarios que autoricen escrituras de transmisión de dominio de viviendas, en el sentido de hacerles saber a los comparecientes, que deberán conservar los títulos de propiedad devueltos, hasta tanto inscriban el acto jurídico realizado en el Registro de la Propiedad correspondiente¹²⁹.

A las cuales adicionaría:

el plazo de un año de caducidad, del cual disponen los excónyuges para liquidar la comunidad matrimonial de bienes, una vez disuelto el matrimonio, que se hace en las escrituras de divorcio.

la declaración de inoficiosidad de la que puede ser objeto la donación que haga el donante cuando comprometa sus medios de subsistencia o done más de lo que puede disponer por testamento, propio de las escrituras de donación.

4.3. Lectura del instrumento

Todo instrumento público, ya sea escritura o acta, ha de ser leído por los comparecientes, de modo que solo cuando éstos queden enterados de su contenido, podrán estampar sus firmas, expresión de su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario autorizante y muy en especial con las declaraciones negociales de voluntad que le son atribuidas (en sede de escrituras). Solo a través de la lectura, los comparecientes, testigos y demás concurrentes, quedan enterados del contenido del instrumento, en el supuesto de que entiendan y conozcan el idioma en que está redactado el documento.

La lectura supone dos extremos de suprema importancia, a saber: la indicación en el instrumento público de un hecho real e histórico: el haber leído el instrumento y por consecuencia, darse por enterado de su contenido y la constancia formal, instrumental, mención auténtica, por ser atribuida al notario, indispensable para la propia eficacia documental, de haber leído el instrumento.

¹²⁷ Vid. Instrucción N° 4/1995 de 4 de diciembre de la Directora de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia.

¹²⁸ Vid. Apartado segundo de la Resolución N° 44/1997 de 15 de mayo del Ministro de Justicia.

¹²⁹ Vid. Apartado segundo de la Instrucción N° 5/2003 del Director de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia.

La lectura pertenece al plano del dictum. Es el notario quien, bajo su fe, como hecho auténtico, hace constar en el documento el hecho de la lectura del documento per se de los comparecientes, testigos y demás concurrentes o, en su defecto, de la practicada por él mismo frente a ellos.

Nuestro Reglamento notarial establece en su artículo 35 las pautas instrumentales de la lectura del documento público, a saber:

a) ¿En qué momento procede?

En el otorgamiento cuando se trate de escrituras públicas. En sede de actas, aunque no hay propiamente otorgamiento, ésta igualmente se requiere, lo cual se hará, previo a la autorización. En todo caso, en plena audiencia notarial, al menos así se colige de lo formulado en el artículo 35 del Reglamento notarial.

b) ¿A quién le corresponde?

En principio le corresponde a los comparecientes, testigos y cualquier otro interviniente en el instrumento, sin distinción. Para ello el notario ha de advertirles el derecho que tienen de leer per se el instrumento público, de lo cual ha de dar constancia en el propio documento, bajo su fe, revistiendo también carácter de mención auténtica¹³⁰. Nada se regula sobre la posibilidad (algunas veces dada en la práctica), de que unos lo lean por sí mismos y otros no. A nuestro criterio en tales circunstancias, el notario debería leer el instrumento a todos a la vez, igualmente dando fe de este particular. De modo que para algunos el documento sería leído dos veces. Empero, solo se podría prescindir de la lectura del instrumento por el notario, cuando todos lo hayan leído. Tómese en consideración que la lectura común para todos los partícipes en la audiencia notarial le es posible únicamente el notario, función insustituible e indelegable en cualquier otro de dichos partícipes.

¹³⁰ La Dirección de los Registros y del Notariado de España ha dicho en Resolución de 26 de abril de 1913 (Ref. El Derecho 1913/54) “que la ley del Notariado exige expresamente á los Notarios que den fe de haber leído á las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra ó de haberles permitido que la lean, á su elección, antes de que la firmen y á los de conocimiento lo que á ellos se refiera, y de haber advertido á unos y á otros que tienen el derecho de leerla por si, y aunque pudiera creerse que huelgan las últimas palabras del artículo 25 de la ley del Notariado porque nadie está obligado á firmar lo que no le es permitido leer, y con tanto, todos tienen derecho a hacerlo del documento donde han de estampar su firma sin necesidad de que la ley lo dijera, ésta ha querido que conste claramente que se advirtió el derecho que tienen los otorgantes y testigos para mayor autenticidad del acto” (Fundamento de Derecho 2º).

c) ¿Cuándo procede entonces la lectura por el notario?

En el supuesto en que los comparecientes, testigos y demás intervinientes renuncien al derecho de leer por sí el documento, o cuando unos ejercitan ese derecho y otros no. Ahora bien, ha de quedar esclarecido que si aquellos ejercitan el derecho en sentido positivo, el notario ha de dar fe de este particular, de modo que como argumenta Rodríguez Adrados “No basta permitirles que lo lean, sino que deben los interesados hacerlo, o realizar al menos una actividad tal que el Notario pueda racionalmente suponer que lo han leído, y afirmar después que lo han hecho”¹³¹, con ello se evita la posterior viabilidad de la exceptio schaedula non lecta¹³². Le compete a comparecientes, testigos y demás intervinientes decidir si leen por sí el documento o prefieren que lo haga el notario (lo más común por cierto), pero no prohibir la lectura por el notario, cuando ellos decidan no leer por sí el documento. En tales circunstancias éste lo leerá en defecto de aquellos, sin que se le franquee la posibilidad de renunciar. Quienes comentaron las reformas de 1967 al Reglamento Notarial español, expresaron sobre este particular, con gran acierto, que a los sujetos, distintos al notario, presentes en la lectura del instrumento “... se les defiere (...), una opción, pero es solamente entre leer por sí y no leer por sí; en este caso, imponen la lectura por el Notario”¹³³. Si bien, a diferencia de su homólogo español, el Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, supedita la lectura del documento por el notario, a la renuncia previa del resto de los interesados, por lo que el ejercicio en sentido positivo del derecho a leer el documento, sí que impediría en el actuar notarial cubano, la lectura por el notario autorizante.

¹³¹ Rodríguez Adrados, A., “Formación del instrumento público...”, cit., p. 448.

¹³² Contra la afirmación notarial y su mención documental de que se hizo la lectura, el consentimiento y la firma, no cabe la excepción de documento no leído, sino sólo la falsedad de la narración documental.

¹³³ Según expresa Rodríguez Adrados A., “Formación del instrumento público...”, cit., pp. 448-449, haciendo alusión a González Enríquez y García-Bernardo. Estos autores, sustentados en lo previsto en el artículo 193 del Reglamento Notarial, parten de una circunstancia distinta a la que se ofrece en el ordenamiento jurídico cubano, en el sentido de que los demás sujetos presentes en el acto de lectura no pueden impedir que el notario lea el documento, y para ello afirman que si bien los “comparecientes y testigos tienen derecho de leer el documento (...), el Notario también tiene derecho a leerlo; aquéllos (...) pueden imponer la lectura del Notario, pero no pueden impedirla porque, más allá de argumentos literales, solamente al Notario compete velar por la pureza del otorgamiento instrumental y, por tanto, es él quien tiene que decidir si se han dado o no las razonables condiciones para prescindir de su propia lectura cuando los interesados han elegido leer por sí el documento”.

d) ¿Cómo se hará la lectura por el notario?

En voz alta. Así lo dispone el artículo 35, primer párrafo, del Reglamento notarial cubano, particular del cual hará constancia el notario en el documento. La voz debe proyectarse, de tal forma, que todos y cada una las personas sitas en la audiencia notarial, puedan escuchar clara y diáfananamente cada cláusula leída. El notario ha de leer además de manera pausada, con firmeza y con las inflexiones necesarias, de modo que permita un entendimiento cabal de lo que se lee. Ha de tratarse de una lectura explicativa, comprensible, operativa, del contenido íntegro del texto. Con esa finalidad ha de adaptarse al nivel de instrucción de comparecientes y testigos. Solo así éstos, al tiempo de firmar el documento, quedarán debidamente enterados de su contenido.

e) ¿Qué se leerá?

El contenido íntegro del documento notarial, con mera mención de los documentos agregados, pero sin necesidad de darle lectura a éstos. Es suficiente por tanto, hacer constar en el documento, bajo fe pública, el haberlos tenido a la vista y adjuntarlos a la matriz para que formen parte del protocolo a cargo del notario autorizante¹³⁴. Se trataría de otra mención auténtica notarial. Vid. artículo 35, segundo párrafo, del Reglamento notarial.

f) ¿A quiénes se les leerá?

Como ha quedado expresado, la lectura por el notario, se realiza en la audiencia notarial a los comparecientes, testigos y demás intervinientes del documento, en unidad de acto.

g) ¿Cuándo se hará la lectura?

Formada la audiencia notarial y en presencia de todos los sujetos necesarios para el acto de otorgamiento y autorización, inmediatamente después de que, advertidos todos del derecho que tenían de hacerlo por sí mismos, renuncian al ejercicio del derecho, a excepción de aquellos instrumentos con diligencias sucesivas, en que habrá tantas lecturas, como diligencias existan. Vid. artículo 35, primer párrafo in fine, del Reglamento notarial.

¹³⁴ Salvo, cuando se autoriza por un notario, para el protocolo de otro (Regla de sustitución notarial).

h) ¿Qué particularidades ofrece la lectura del instrumento por quien no pudiese leer?

La presencia de un testigo de asistencia, si bien el Reglamento notarial cubano, no le nombra como tal¹³⁵, presencia que será facultativa para el compareciente, quien podría optar por la lectura del notario y prescindir de aquel. Lo que resulte de la elección del compareciente, se hará constar por el notario en el documento. Una mención auténtica más.

El Reglamento notarial cubano no recoge los supuestos en que el compareciente no pudiera leer por sí el documento. En este orden de ideas, cabe acotar lo dispuesto por el Reglamento Notarial español en el tercer párrafo de su artículo 193. Así, una interpretación literal de dicho precepto, al exigir que quien sea enteramente sordo deberá leer el documento por sí, podría llevar a la conclusión de que en el caso de que el sordo no sepa o no pueda leer, no podría otorgar ninguna escritura pública, interpretación que es rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 18 de octubre de 1974, considerando que el sordo si habla puede manifestar al notario su voluntad y que la manera de darle a conocer el contenido del documento, podrá hacerse a través de personas peritas en el lenguaje de los sordomudos, provista del título correspondiente, a la manera que lo hacen los intérpretes en los supuestos del artículo 150 del Reglamento Notarial, cuando el notario no entiende el idioma del otorgante.

En Resolución posterior de 31 de agosto de 1987 consideró igualmente posible la Dirección General de los Registros y del Notariado que el otorgamiento pudiera hacerse también por el sordomudo que no supiera leer, ni escribir, si a través de las personas técnicas citadas, puede no sólo entender lo que se dice en el documento, sino también expresar su voluntad al notario.

4.4. La firma de los interesados

La firma es el lazo que une al firmante con el documento en que se pone, es el nexo entre la persona y el documento. Esta no necesita ni ser nominal, si ser legible. Como expresa Rodríguez Adrados, “los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (inscriptio, praescriptio), o en el cuerpo del documento”¹³⁶. La firma tiene que ser documental y personal, o sea, ha de ser puesta en el documento por el firmante en persona. Esta idea – comenta el propio autor- suele expresarse como “manuscritura”, o sea escritura hecha por la propia mano del suscribiente, pero

¹³⁵ En efecto, el artículo 35, tercer párrafo, alude a “otra persona”, que cumplirá sin duda las funciones de un testigo de asistencia, lo cual será su naturaleza.

¹³⁶ Rodríguez Adrados, Antonio, “La firma electrónica”, en Revista de Derecho Privado, diciembre, 2000, p. 927.

esta rígida formulación tiene que extender sus horizontes a cualquier “grafía” que se ponga en el documento por el firmante mismo, ya que lo que subyace en este requisito es la actuación del signante mismo en el documento¹³⁷. La firma es la exteriorización de la aquiescencia, la expresión gráfica de la asunción de paternidad del negocio instrumentado. Como dijera Del Vecchio “constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental”.¹³⁸

La II Jornada Notarial de Córdoba, Argentina, celebrada en agosto de 1975 declaró que la firma “son los caracteres idiomáticos mediante los cuales en forma manuscrita, de una manera particular y según el modo habitual, una persona se individualiza y expresa su voluntad y asentimiento en los actos sometidos a esa formalidad”¹³⁹. Para Pelosi “constituye una objetividad del consentimiento, el que no es necesario en las actas, en las cuales resulta suficiente expresar conformidad con lo narrado en ellas”¹⁴⁰.

Sostiene Bolás Alfonso, que “... la firma tiene una doble función: como forma de identificación de la persona que la pone; y como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone”¹⁴¹.

Precisamente en el otorgamiento, tras la lectura del instrumento público, las partes deben prestar su consentimiento al contenido de éste (escrituras públicas) o su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario (actas), lo cual el fedatario público hace constar expresamente en el instrumento y debe materializarse mediante la firma.

Esta siempre es necesaria, como expresan, tanto el artículo 35, primer párrafo, del Reglamento notarial cubano: “Concluida la lectura, el Notario preguntará a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, si están conformes con el contenido del documento notarial y si lo estuvieren, se procederá en el acto a su firma” y el artículo 195.1 del Reglamento Notarial español: “Se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del artículo 17 de la Ley, y con la presencia del número de testigos... en los casos en que sea necesaria su intervención”.

Adpero, las normas cubanas no establecen otras pautas en el orden formal para la firma, que las contenidas en el artículo 36 del Reglamento notarial. A diferencia del Reglamento español, sumamente explícito en este sentido. En efecto, añade el artículo 196 “los que suscriban un instrumento público en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen”,

¹³⁷ Idem, pp. 927-928.

¹³⁸ Del Vecchio, cit. pos Rodríguez Adrados, A., “La firma...”, cit., p. 928.

¹³⁹ Según refiere Pelosi, C. A., “El documento...”, cit., pp. 226-227.

¹⁴⁰ Idem, p. 227.

¹⁴¹ Bolás Alfonso, Juan, “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”, en Revista Jurídica del Notariado, N° 26, octubre-diciembre, 2000, p.40.

de modo que, si se identifica al compareciente por documento de Identidad, la firma a estampar en el documento ha de ser análoga a la contenida en éste. En el orden formal, también, tratándose de una firma manuscrita, debe ser estampada por sí misma por quien suscribe, y no solo como tradicionalmente se expresa “de puño y letra del interesado”¹⁴², eso sí, en todo caso, sin poder usar estampilla. La firma debe ser indeleble, como todo el contenido del documento (vid. artículo 152 del Reglamento Notarial español). No cabe la posibilidad de que sean sustituidas por facsímiles u otras formas de reproducción. Aunque, en principio, supone la escritura peculiar de los nombres y los apellidos, ésta puede revestir diferentes modalidades como abreviaciones, síntesis, composiciones personalísimas. Como ha dicho la Resolución de la Dirección de los Registros y Notariado de España de 25 de marzo de 1908 (Ref. El Derecho 1908/1) “... por obedecer la formación de la firma á reglas, costumbres y prácticas que, aunque basadas en el estado civil del firmante, son diferentes en cada nación y en cada orden del derecho, no puede admitirse en absoluto la afirmación (...) de que cuando se habla de firma, en general, se indica la compuesta de nombre y apellido (...)”. La rúbrica no es, sin embargo, elemento integrante o esencial de la firma, máxime si el firmante no tiene por costumbre emplearla. Sólo tiende a una mayor subjetivación de la firma¹⁴³.

Respecto de la parte del documento en que debe exteriorizarse la firma, el artículo 36 del Reglamento notarial cubano, que la hace extensiva a todos los concurrentes al instrumento en cualquier concepto (al igual que el artículo 196, párrafo primero, del Reglamento notarial español), impone a los comparecientes y testigos, así sea la función que desempeñen (vid. artículo 29 de la Ley de las Notarías Estatales y 52 de su Reglamento) la hagan al final de la matriz y al margen de cada pliego, cuando la matriz está conformada por varios. En tanto, el resto de los intervinientes firmarán solo al final de la matriz.

De tratarse de un documento con diligencias sucesivas, cada una de estas diligencias será firmada por quien concurra (vid. artículo 86 del Reglamento notarial cubano).

Si algún compareciente se niega a firmar, por no querer hacerlo¹⁴⁴, el notario no puede autorizar el instrumento. En las actas es necesaria la firma del requirente cuando comparezca, no así la del requerido. La importancia de la firma es indudable: constituye una prueba concluyente de la rogación para que actúe el

¹⁴² Si fuere así, no se entendería por firma, aquella que siendo autógrafa, se hace utilizando los pies o la boca, por personas que en razón de su discapacidad, les resulta imposible utilizar los puños, al carecer de ellos.

¹⁴³ Apud Pelosi, C. A., “El documento...”, cit., p. 230.

¹⁴⁴ De no poder hacerlo, porque no pueda firmar, dada la existencia de un impedimento temporal o por tener alguna discapacidad física o sensorial, con las particularidades que ello reviste, vid. lo dicho por Pérez Gallardo, Leonardo B., “Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica”, en este propio texto, pp.

notario. Es la expresión formal con la que se acredita la prestación del consentimiento y la expresión documental del otorgamiento; mediante la firma, los comparecientes asumen el contenido del instrumento público en la parte que a ellos les afecta. Ciertamente tiene distinto alcance en las escrituras y en las actas, en ambas se muestra la conformidad a un texto documental, pero en las escrituras se está aprobando además un negocio jurídico y en las actas se está dando la conformidad a que lo narrado por el notario es exacto.

5. Autorización

Es la cláusula contenida al final del documento, en la que el notario da fe de la veracidad del texto documental. Es la derivación erudita de la frase “se autorem facere”, con la que el notario asume la paternidad del instrumento. Regulada en los artículos 68 y 84 del Reglamento notarial cubano, la autorización es la asunción de la autoría del documento por el notario, ello es lo que produce la creación del documento notarial; hasta ahora podrá existir, cuando el documento esté firmado y consentido por los otorgantes, un documento privado, pero es la autorización la que le convierte en documento público notarial o instrumento público, lo cual enlaza con el significado etimológico de la palabra autorización, derivada de la latina auctor. La autorización “... es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico; le da eficacia jurídica, valor probatorio y fuerza ejecutiva”¹⁴⁵. No distingue el Derecho español, ni el cubano, la autorización preventiva y la definitiva, como hacen otros, como el mexicano¹⁴⁶. Una vez firmado el documento por los comparecientes, testigos y demás intervinientes, éste es firmado con el notario. Su ausencia provoca la nulidad del instrumento (vid. artículo 16, inciso b), de la Ley de las Notarías Estatales¹⁴⁷).

El artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Notariado español dispone “los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se le dé al expedirles los títulos de su ejercicio” y el artículo 17.2 de la misma Ley, al dar el concepto de escritura matriz concreta que “ha de estar signada y firmada por el mismo Notario”. Por su parte, el artículo 196.2 del Reglamento Notarial dispone que “el Notario, a continuación de la firma de

¹⁴⁵ Así lo ha dicho Pérez Fernández del Castillo, B., Derecho..., cit., p. 327.

¹⁴⁶ Nos da cuenta Pérez Fernández del Castillo, B., Derecho..., cit., pp. 328-333 de la distinción entre autorización preventiva y definitiva. La primera procede cuando el documento ha sido firmado por todos los interesados, procediendo el notario a autorizar el instrumento a través de su firma y el empleo de la fórmula sacramental “Ante mí”. La segunda, cuando ya han sido satisfechas todas las obligaciones fiscales y administrativas. En tal caso, el notario firma y estampa su sello, anota la fecha y demás menciones prescritas en otras leyes.

¹⁴⁷ Asimismo consúltase el Dictamen 63/1987 de 26 de septiembre de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia que establece que todas las escrituras matrices que no están firmadas por los notarios a cuyo cargo estaban los respectivos protocolos, son nulas.

los otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando. Deberá estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría. A ningún Notario se concederá autorización para signar ni firmar con estampilla”.

La fórmula usual y genérica es: “de todo lo contenido en este instrumento público, yo el Notario doy fe”. La Dirección General de los Registros y del Notariado desde la Resolución de 29 de enero de 1931 (Ref. El Derecho 1931/2) nos dice que la expresión “doy fe” no puede elevarse a la categoría de fórmula sacramental que afecte la validez del documento¹⁴⁸. Esta fórmula también es usual en los documentos públicos notariales cubanos, sean escrituras o actas.

De los cuatro requisitos exigidos en el acto de autorización del instrumento por la legislación española, solamente el signo, la firma y la rúbrica, son esenciales, al exigirlos la Ley, afectan a la validez del documento, los que se registrarán en el Colegio Notarial al tomar posesión el notario de su primera notaría (vid. artículo 36.5 del Reglamento Notarial) y no podrá ya variarlos sin autorización del Ministro de Justicia (vid. artículo 36 del Reglamento Notarial).

Respecto al signo notarial, como dice Rodríguez Adrados, no es sólo una reliquia histórica legada por nuestros antecesores, sino que tiene utilidad actual, distinguir los documentos notariales de todos los demás documentos públicos y privados; poner de manifiesto cuándo el notario ha autorizado un instrumento público y cuándo ha firmado como particular¹⁴⁹.

En cuanto al sello oficial (cuarto requisito), lleva en el centro un libro en forma de protocolo, con el lema “Nihil prius fide”, orlado con el nombre y apellidos del notario y la designación de su residencia (cfr. artículo 66 del Reglamento Notarial).

De estos requisitos las normas notariales cubanas, solo exigen la firma del notario y el cuño gomígrafo de la unidad notarial o notaría en la que ejerce la función fideifaciente el notario, amén de otras medidas de seguridad. El notario ha de firmar no solo la matriz original, en todos sus pliegos, sino también cada uno de los documentos que agrega. Cada pliego de la matriz original ha de ser firmado al margen y al final del último de los pliegos (cfr. artículo 86 in fine del Reglamento notarial).

¹⁴⁸ En el Fundamento de Derecho 1º dice la Resolución: “que las palabras doy fe con que terminan corrientemente las escrituras públicas no pueden ser elevadas a las categorías de frase sacramental, cuyo empleo resulte indispensable para cerrar y perfeccionar jurídicamente el acto, sino que pueden ser sustituidas por otros términos que acrediten de un modo indubitado que el instrumento entra a gozar de los beneficios de la fides publica, por testimoniar el Notario los presupuestos, hechos, manifestaciones y requisitos que la ley exige para que el acto haga fe, es decir, se tenga por emanado del Poder público y dotado de autenticidad”.

¹⁴⁹ Rodríguez Adrados, A., “Formación del instrumento público...”, cit., p. 478.

Por último, debe tenerse en cuenta cómo la Ley española de 27 de diciembre de 2001, de Acompañamiento a la de Presupuesto de 2002, en el capítulo dedicado a “la acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva”, artículos 106 y siguientes, entre otros extremos, regula la atribución y uso de la firma electrónica¹⁵⁰ por parte de notarios, que deberá tener el carácter de avanzada¹⁵¹, estar amparada por un certificado reconocido, emitido por un prestador de servicios y expresar que se encuentra limitada a la suscripción de documentos públicos. Los notarios deberán obtener esta firma al tomar posesión de una plaza. Reglamentariamente habrá de desarrollarse esta materia, pero siempre en el marco del artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado, también introducido por las Ley de Acompañamiento citada y es que “en todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial”.

¹⁵⁰ Entendida esta en sentido general como el resultado de la aplicación al mensaje informático de la clave privada. Consiste, por tanto, en el texto cifrado resultante de esa aplicación. De modo que la firma electrónica de una persona, no siempre es la misma, sino ha de ser distinta, como disímil sea el contenido del mensaje al cual se aplica. No solo importa la clave privada que cifra, sino también el texto del mensaje cifrado. De ahí que se garantice la integridad del mensaje, ya que la más mínima alteración, aun en un solo bit, le convierte en una jerga indescifrable. Por ello más que de firma se habla de sello. Apud Rodríguez Adrados, A., “La firma...”, cit., p. 922.

¹⁵¹ La firma electrónica avanzada es aquella que permite no solo la identificación del signatario, sino también su creación por él, a través de los medios mantenidos bajo su control exclusivo, de manera que le vincula a él y a los datos a que se refiere, o sea, como enuncia Rodríguez Adrados, A., “La firma...”, cit., p. 921, siguiendo el dictado de las normas legales que le regulan, garantiza la identificación del firmante y la integridad del mensaje, por lo cual se sustenta en la credibilidad ofrecida por una autoridad de certificación. Empero, como se encarga de esclarecer después el propio autor (p. 928), realmente lo que se identifica a través de ella es el titular de la pareja asimétrica de claves, pero no exactamente al “firmante”, que podría ser otra persona ¿por qué razón?, pues al utilizarse para la encriptación de un mensaje el sistema asimétrico, o sea aquel en el que cada usuario tiene dos claves, una privada y otra pública, la primera que solo él conoce y, la segunda, destinada a ser conocida por los destinatarios de los mensajes, ambas claves están intervincladas, de modo que el mensaje cifrado con una de ellas, sólo podrá ser descifrado por la clave pareja de la misma persona. Aplicado este procedimiento a la firma de un texto, éste en su totalidad, un resumen del mismo o un abstract, se encripta por el emisor del mensaje, mediante su propia clave privada y sólo podrá descifrarse mediante la clave pública del propio emisor. De esta forma la autoridad de certificación acreditará, quién es el titular de la clave pública con la que el documento ha sido descifrado, y de ahí derivará quién es el titular de la clave privada con la que fue encriptado, porque el titular de ambas claves tiene que ser la misma persona, pero esta persona no tendría que ser la misma persona que ha codificado el texto. Por ello como nos explica Rodríguez Adrados la autoridad de certificación no nos podrá dar quién accionó exactamente la clave privada, y sí tan solo quién es el titular de la pareja asimétrica de claves.

Actualmente el Consejo General del Notariado ha obtenido el carácter de Agencia de Certificación, siendo la encargada, a través de lo Colegios Notariales de dotar de la firma electrónica avanzada notarial (FEAN) a todos los notarios en activo y después a los que vayan tomando posesión, ello consiste en la entrega de una tarjeta inteligente que contiene el certificado digital de firma electrónica y las claves criptográficas.

El notario, por tanto tendrá que autorizar el documento público electrónico con su firma electrónica avanzada. Al autorizarse el documento electrónico por el notario, con la firma electrónica avanzada, nos dice Rodríguez Adrados, aunque pudiera interpretarse que el signo forma parte de esa firma, se inclina a pensar que el signo notarial ha quedado suprimido para los instrumentos electrónicos. Ignora, sigue diciendo Rodríguez Adrados, si ello ha ocurrido de manera consciente, quizá debido a dificultades de los medios electrónicos, o más bien por inspiración en normativas foráneas, en que el signo notarial casi nunca existió. En todo caso, no era deseable esta escisión entre dos variedades de instrumentos públicos que si se quiere sólo se diferencien por su distinto soporte, que conlleva un supuesto específico de nulidad formal (vid. artículo 27.3º de la Ley) para los instrumentos en papel¹⁵².

¹⁵² Rodríguez Adrados, Antonio, "Firma electrónica y documento electrónico" en Escritura Pública, Consejo General del Notariado español, 2004, p. 120.

Bibliografía

I. Textos doctrinales:

Ávila Álvarez, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Montecorvo, Madrid, 1973; Ballarín Marcial, Alberto, "Naturaleza y clases de los 'juicios' del notario", en separata de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXV, Madrid, 1996; Díez-Gómez, Aurelio, "La unidad de acto", separata de la Revista de Derecho Notarial, LXXV, enero-marzo, 1972; García Bernardo, Alfredo, "Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)", en Revista de Derecho Notarial, abril-junio, 1968; Bolás Alfonso, Juan, "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en Revista Jurídica del Notariado, N° 26, octubre-diciembre, 2000; Giménez-Arnau, Enrique, Instituciones de Derecho Notarial, tomo II, Reus, Madrid, 1954; Guzmán Farfán, Saúl, Derecho Notarial, volumen II, Editorial Colorgraf, Cochabamba, 2003; Pelosi, Carlos A., El Documento Notarial, Editorial Astrea, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1997; Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial, 7ª edición, Porrúa, México, 1995; Rodríguez Adrados, Antonio, "Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado", en Escritos Jurídicos, tomo III, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996; "Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001", en Escritura Pública, Consejo General del Notariado español, 2004; "La firma electrónica", en Revista de Derecho Privado, diciembre, 2000; "Firma electrónica y documento electrónico", en Escritura Pública, Consejo General del Notariado español, 2004; Tamayo Clares, Manuel, Temas de Derecho Notarial, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001; Velásquez Urea, María Blanca, "Nueva visión de la unidad de acto", Tesis de Maestría en Derecho Civil y Notarial dirigida por Leonardo B. Pérez Gallardo, Cochabamba, Bolivia, 2005 (en Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

II. Textos legales:

Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, anotado y concordado con los ordenamientos jurídicos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykinson, Madrid, 2005; Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, 1983; Ley De las Notarías Estatales, Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; Ley Orgánica del Notariado español, Ley de 28 de mayo de 1.862,

Gaceta de Madrid del 29 de mayo y su Reglamento, Decreto de 2 de junio de 1944 en, base de datos El Derecho, Editores, Legislación 1, Actualización 2-2004; Resolución N° 379/2001 de 23 de noviembre del Ministro de Finanzas y Precios, Reglamento del Impuesto sobre Bienes y Herencias en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria N° 83, de 30 de noviembre del 2001; Resolución 249/2005 de 7 de octubre, del Ministro de Justicia, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria N° 28, de 28 de octubre del 2005, "Normas y Procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad"; Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinador), Julieta Almaguer Montero, Nancy C. Ojeda Rodríguez, Compilación de Derecho Notarial,

Conservación y custodia de los documentos públicos notariales: el protocolo notarial y los archivos de protocolos notariales

Leonardo B. Pérez Gallardo

Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial

Facultad de Derecho

Universidad de La Habana.

Notario de la Dirección de Registros Civiles y

Notarías del Ministerio de Justicia

Ada M. León Irurzun

Abogada

Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho

Universidad de La Habana

1. El protocolo notarial. Etimología. Notas sobre su devenir histórico. Aproximación a su concepto

Uno de los principios del Derecho Notarial es el de matricidad o protocolo, precisamente porque en su mayoría los documentos autorizados por el notario, a los cuales confiere fe pública, son los llamados documentos protocolizables, a saber: escrituras y actas, cuyas matrices se incorporan ex officio (por el notario) o ex voluntate (por los comparecientes) al protocolo notarial, pero ¿qué es el protocolo notarial?

Para hablar del tema vamos a comenzar por el significado etimológico de la palabra protocolo, así se aduce es el “Libro en el que se registran las escrituras/Regla ceremonial”, en tanto protocolizar supone: “Poner en protocolo”, o protocolo: “Rito, formalidad, ceremonia. Etiqueta, ritual”, protocolizar: “Protocolar, archivar”.

Los autores españoles al analizar el origen de la palabra protocolo coinciden de manera general en estas ideas. Protocolo procede de la voz griega protos, que significa primero, principal, en tanto kolos, se traduce como lugar, nos da idea de primer lugar. Para Fernández Casado, clásico de un incipiente Derecho Notarial español, se han dado diversas interpretaciones etimológicas a partir de lo anterior, de modo que la doctrina que le precedió deriva el término de colum o collatio, significando prima literatum collatio en charta, confrontación, cotejo de un escrito, “primera comparación o cotejo”. También se le da a la palabra sánscrita Kul, reunir y su significado es el de depósito, pues colon significa desde muy antiguo el lugar de la anatomía donde se acumulan los restos asimilados por el organismo, por tanto protocolo requiere decir primer depósito, o el sitio donde consta lo principal. A su juicio, “Protocolo quiere decir: el primer depósito o sea el lugar donde primeramente se consigna el acta o contrato o también el sitio donde consta lo principal de una relación de derecho”¹⁵³.

¹⁵³ Fernández Casado, Miguel, Tratado de Notaría, tomo I, Madrid, 1895, p. 654.

Señala Rodríguez Adrados que la palabra es evidentemente de origen griego, transmitida por la Novela 44 de Justiniano, año 537. Siete siglos después fue traducida del griego al latín en Bolonia formando parte como Constitución 45, de una colección de 134 Novelas a la que se denominó *Authenticum*, por creer que era el texto original y dentro de esa versión latina – expresa el autor-, se conservó en griego el término protocolo¹⁵⁴. Protos significa el punto de partida, “primero”, que se refiere al inicio de cada documento, en su materialidad física, y después en su contenido expresivo. Sigue apuntando el célebre autor que con la Edad Media, al partirse en dos el documento notarial, “primero” no es ya el inicio del documento, sino el documento inicial, en toda su integridad, el primero de los dos documentos. Y en los albores de la Edad Moderna, por protocolo pasa a entenderse la colección de documentos notariales iniciales, y no el documento aislado¹⁵⁵. En tanto *kollon* en su significado no resulta tan claro, algunos le atribuyen el significado de miembro, de modo que protocolo sería el primer miembro o primera membrana del documento¹⁵⁶ y otros se inclinan por el término *kolla* que significa pegar, encolar, la primera pegada¹⁵⁷. El propio Adrados arguye que ambos significados no son excluyentes porque los libros y los documentos, adoptaban la forma de “rollo” o “volumen”, esto es, de larga tira enrollada alrededor de una varilla de madera, hueso o marfil, denominada *umbilicus*, ombligo; y tales tiras se formaban encolando sucesivas hojas obtenidas del papiro. “Protocolo era, por tanto, la primera membrana de la tira documental, a la que se iban pegando las otras y que Justiniano prohibía cortar”¹⁵⁸.

Pronto dejó de tener esa primera hoja caracteres de signo oficial, de modo que protocolo pasó a ser sencillamente el comienzo de la escritura, aquellas expresiones iniciales en que el notario solía resumir, a modo de epígrafe, el contenido del instrumento. Luego, con el Fuero Real y las Partidas deja de ser la parte inicial del documento, para denominarse en el Derecho Común a todo el documento inicial redactado por el escribano, esto es “las primeras notas”¹⁵⁹.

Coincidiremos en hallar en todas estas explicaciones la idea de cosa original o básica, fuente donde se puede sacar de manera cierta una razón o existencia indeleble, de ahí que por su solemnidad se asocie también a las reglas de etiqueta o diplomacia.

¹⁵⁴ Rodríguez Adrados, Antonio, “Visión panorámica de los protocolos notariales”, en *Revista Jurídica del Notariado*, N° 26, abril-junio 1998, p. 383.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Nebrija, cit. pos Rodríguez Adrados, A., “Visión panorámica...”, cit., p. 384.

¹⁵⁷ Covarrubias, cit. pos Rodríguez Adrados, A., “Visión panorámica...”, cit., p. 384

¹⁵⁸ Rodríguez Adrados, A., “Visión panorámica...”, cit., p. 384.

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 384 y 386.

Para Carlos Emérito González “es el conjunto de escrituras matrices hechas durante un año, por orden cronológico y en la forma que las leyes notariales prescriben”¹⁶⁰. Mora Vargas lo define como “aquel medio corpóreo donde se archivan, siguiendo un orden cronológico, los instrumentos públicos que otorgan (sic) los Notarios y que, para efectos prácticos en su manejo, lo dividimos en libros o tomos (...) con una cantidad determinada de folios”¹⁶¹. En tanto, Pelossi lo define como “una universalidad jurídica formada por diversos elementos (...), cuya función final es la de conservar ordenadamente los documentos notariales, resguardar los derechos que por ellos se crean, modifican, transmiten o extinguen, y facilitar su reproducción”¹⁶².

Por su parte en el orden normativo también suelen darse definiciones. Así, el Código Notarial de 1929, artículo 2, párrafo cuarto, dispuso: “se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras y actas matrices autorizadas durante un año, en uno o más tomos encuadernados, foliados en letras y con los demás requisitos que se determinan en este código”. Hay concordancia entre este concepto y el recogido en la Ley Orgánica del Notariado español de 1862, artículo 17, párrafo cuarto, Ley aplicada a Cuba en 1874 en su condición de colonia de España.

Para el profesor Verdejo Reyes, quien fuera titular de esta cátedra en nuestra Universidad, constituye el contenido material del protocolo “la agrupación ordenada y numerada correlativamente de la totalidad de los instrumentos públicos originales, autorizados por notario durante un año natural”¹⁶³.

Nuestra vigente Ley de las Notarías Estatales tampoco lo conceptualiza, sino expresa cual es su contenido, al regular en su artículo 21: “El protocolo se forma

¹⁶⁰ González, Carlos Emérito, Teoría general del instrumento público, Ediar, Buenos Aires, 1953, pp. 399-400.

¹⁶¹ Mora Vargas, Hermán, Manual de Derecho Notarial, Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 1999, p. 197.

¹⁶² Pelossi, Carlos A., El documento notarial, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 183-184. El autor incluye dentro de tales elementos:

- “1. Los folios originariamente movibles, habilitados para el uso exclusivo de cada registro y numerados correlativamente en cada año calendario.
2. El conjunto de documentos escritos en aquellos folios durante el lapso mencionado aunque no hayan sido firmados.
3. Las diligencias, notas y constancias complementarias o de referencia consignadas a continuación o al margen de los documentos matrices, y en su caso, las de apertura, cierre u otras circunstancias
4. Los documentos que se incorporen por imperio de las leyes o a requerimiento expreso o implícito de los comparecientes y por disposición del notario
5. Los índices que deban unirse”.

¹⁶³ Verdejo Reyes, Pedro C., Derecho Notarial, Pueblo y Educación, La Habana, 1990, p. 47.

con los documentos originales y otros agregados por el Notario durante cada año natural”.

De algunas de las definiciones doctrinales y normativas ofrecidas, podemos derivar entonces que el protocolo notarial es el conjunto ordenado cronológicamente de una parte significativa de los documentos públicos autorizados por un notario durante un año natural (matrices originales) dígame escrituras y actas y de otros agregados (matrices incorporadas), requeridos para la autorización de tales documentos, con sus respectivas diligencias de apertura y cierre de cada uno de los tomos que le conforman y demás índices complementarios que acuden en auxilio de su conservación.

En esta definición queda claro que el número de documentos autorizados por el notario durante un año natural no tiene por qué coincidir con el que consta en el protocolo, pues el artículo 13, inciso c), de la Ley de las Notarías Estatales, en relación con el artículo 121 del Reglamento notarial, prevén otros documentos no protocolizables, tan notariales y tan públicos como las escrituras y las actas.

Cabe coleccionar los elementos esenciales de esta definición, a saber:

1º supone una colección ordenada cronológicamente: el protocolo se ordena conforme con la fecha de autorización de cada documento, según una estricta ordenación cronológica. La apertura de cada protocolo suele coincidir con el primer día hábil de cada año natural, salvo excepción¹⁶⁴;

2º está bajo la estricta vigilancia y custodia del notario que lo tiene a su cargo (vid. artículo 140 del Reglamento notarial, salvo los protocolos del archivo histórico de la academia de ciencias, bajo la custodia de un funcionario, no notario);

3º se constituye anualmente, sin límite de documentos, ni de tomos, cualquiera sea el número total que se autoricen durante un año, sea ínfimo, o bien voluminoso;

4º está conformado no solo por matrices originales (redactadas por notario), sino también por matrices incorporadas (documentos agregados, v.gr. planos, descripciones de viviendas, autorizaciones habilitantes, como las concedidas por las direcciones municipales de la vivienda para donar o permutar, o las que da el tribunal competente para que los tutores o padres puedan disponer de los bienes de los menores sujetos a patria potestad o tutela o de los mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados, sujetos a tutela, entre otros, y de igual manera por documentos meramente privados), por lo que los documentos que obran en el protocolo no siempre revisten el carácter de públicos;

¹⁶⁴ V. gr. cuando el notario se incorpora más tarde, bien por enfermedad, vacaciones, o licencia de maternidad, entre otras razones. También cuando se abre el primer protocolo, tras el nombramiento y toma de posesión del cargo (vid. artículos 23 y 24 del Reglamento notarial), o cuando se abre un nuevo protocolo porque el notario ha cambiado su sede.

5° las matrices que le conforman son de escrituras y de actas notariales;

6° no agota los documentos públicos notariales autorizados por un notario durante un año natural (también pueden autorizarse documentos públicos no protocolizables);

7° se incluyen en él otras diligencias y controles que coadyuven a su protección y que pueden o no ser un plus documental (me refiero al índice alfabético de los comparecientes en los documentos obrantes en el protocolo, vid. artículo 150, primer párrafo, del Reglamento notarial y a las diligencias de apertura y cierre que dan inicio y conclusión al protocolo y a cada uno de los tomos que le conforman, éstas últimas pueden consignarse al inicio o final del texto, del primer o último documento que se autoriza, según corresponda, o en hoja adicional que se incorpora al protocolo, vid. artículos 143 y 147 del Reglamento notarial); y

8° cada protocolo con el notario a su cargo, forman una notaría.

De ahí que podamos derivar, siguiendo a de Prada González cuatro elementos distintivos de la definición de protocolo¹⁶⁵, a saber:

Un elemento subjetivo, dado por el notario, en el ejercicio de la función notarial, en cuanto titular de una notaría, pues como aduce González Palomino “el protocolo es el ancla de fijación del Notario a la Notaría”¹⁶⁶. El protocolo no va tras el notario. Si el notario se traslada, formará nuevo protocolo y aquel quedará a cargo del notario que desempeñe la función notarial en dicha notaría.

Un elemento objetivo, constituido por los documentos que se incorporan a él, a saber: escrituras y actas matrices, tanto originales, como agregados, y otros índices, como el alfabético de comparecientes en los documentos obrantes en los tomos contenidos en él (vid. artículo 21 de la Ley notarial y 150 del Reglamento notarial).

Un elemento temporal, en tanto la ordenación de los documentos sitos en él obedece a un estricto criterio cronológico, de ahí la regla de numeración ordinal por fecha, dentro de cada año natural (vid. artículo 21 de la Ley notarial y artículos 141 y 144 de su Reglamento).

Un elemento formal, en el que distingue el autor, entre los criterios formales referidos al protocolo como colección documental (criterios de ordenación del protocolo) y los relativos al protocolo como cosa (encuadernación de los protocolos). Nuestro Reglamento notarial prevé dos alternativas para llevar el protocolo, bien en carpetas o en tomos encuadernados (de ahí la previsiones formales, respecto de las hojas en que se vierte la grafía, tomadas en cuenta por el autor del Reglamento en su artículo 34). El protocolo inmoviliza los documentos que se incorporan a él, de modo que no cabe, como en un expediente

¹⁶⁵ de Prada González, Joaquín, “Función notarial y protocolo”, separata de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXIX, 1990, p. 214.

¹⁶⁶ Cit. pos Prada González, J., “Función notarial...”, cit., p. 214.

administrativo o judicial, la extracción o desglose de documento, salvo en casos excepcionales (vid. artículo 22 de la Ley notarial). Al encuadernarse o formar carpeta, la matriz se inmoviliza, y sólo podrá surtir efectos en el tráfico jurídico a través de las copias o por su exhibición, derecho del cual es titular quien demuestre tener interés legítimo en el documento (a pesar de que no se regule expresamente en la Ley o en el Reglamento, empero sí en el arancel notarial). Con ello se evita además cualquier sustracción, modificación o suplantación de documentos matrices.

2. Razón de ser de su existencia

La actuación del notario se sustenta en un estricto respecto al secreto profesional. De ahí la formulación del artículo 8 del Código de Ética del Notariado cubano: “Corresponde al Notario obrar con imparcialidad y discreción en la tramitación de los asuntos sometidos a su consideración y competencia, aun cuando haya dejado de prestar sus servicios”. El protocolo es el reservorio de las más disímiles manifestaciones de voluntad y de hechos o circunstancias con relevancia jurídica de los cuales ha dado fe el funcionario que tiene a su cargo las matrices de las escrituras y actas depositadas en él. La relación del cliente con el notario se sustenta en una extrema confianza. Nos recuerda Rodríguez Adrados que en el emblema del notariado español, orlado con las dos ramas de olivo de la paz a que la justicia tiende y con el lema *Nihil prius fride*, se contiene un libro protocolo cerrado¹⁶⁷. El notario ejerce un sacerdocio civil y como “confesor” ha de ser celoso guardián de lo que ante él se ha expresado. “El secreto profesional se configura de manera tal que el notario no puede hacer uso de la información recibida para finalidades distintas de su función fedataria, ni en beneficio propio, ni en beneficio de terceros”¹⁶⁸. Esta razón justifica el por qué el acceso al protocolo notarial es limitado, si bien no puede considerarse de uso exclusivo del notario, ni de los comparecientes. El propio Estado limita el acceso a él bajo el principio de exhibición de las matrices de los documentos públicos, limitado, y del derecho a solicitar copias. No obstante, quede claro que determinadas instituciones tienen acceso al protocolo notarial, como las autoridades correspondientes del Ministerio de Justicia y de las direcciones provinciales de Justicia, los tribunales competentes, previo mandamiento judicial y otras instituciones públicas, en razón del interés histórico debidamente acreditado (cfr. artículo 142 del Reglamento notarial). Ello sin perjuicio del deber que tiene el notario de brindar información a la administración tributaria y el derecho a conocer ciertos datos que tiene ésta, derivado del deber general de colaboración que se le impone de modo general a los ciudadanos y en específico a los funcionarios públicos en este orden.

¹⁶⁷ Rodríguez Adrados, Antonio, “Personas con derecho a copia”, en *Estudios Jurídicos IV*, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996, p. 356. Allí también expresa, que en el emblema de los registradores de la propiedad se contiene un libro, pero abierto, expresión de la publicidad formal de los registros.

¹⁶⁸ Tal es el sentido de la expresión, que comparto, de Rojas Martínez del Mármol, María del Pilar, *El ejercicio privado de la fe pública notarial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003, p. 175.

El secreto de la actuación del notario abarca no solo el secreto del protocolo que se da en un ámbito objetivo, derivado de la existencia de los documentos autorizados, sino también el propiamente dicho secreto profesional, en tanto la información que recibe, que va desde el deseo de disolver el vínculo matrimonial, el estado de solvencia económica del cliente, su estado afectivo para con sus parientes más propinuos. De esta forma al notario le está vedada la posibilidad de brindar cualquier información sobre aquellos hechos de los cuales tenga conocimiento como consecuencia del ejercicio de sus funciones. No existe un precepto concreto que imponga el deber de secreto profesional, ni en la Ley, ni en el Reglamento notarial. Adpero, se colige de su normativa, en especial de la regla de acceso al contenido del protocolo, de la cual comentaremos a posteriori.

He aquí la ratio misma de existencia del protocolo en la necesidad de lograr uno de los fines del documento público notarial, a saber: su perdurabilidad en el tiempo. En la mayoría de los documentos públicos protocolizables, la protocolización o incorporación del documento al protocolo notarial la hace el notario ex officio y no ex voluntate. Es lo que se llama protocolización indirecta. El documento circula (salvo los no protocolizables) a través de su copia, expresión del principio de representación instrumental. El original o matriz es conservado por el autor del documento en el protocolo a su cargo, conjuntamente con los documentos que hubo de agregar, expresión de los requerimientos habilitantes debidamente cumplimentados para la autorización del documento público en concreto. Como expresa con razón Rojas Martínez del Mármol “Mediante el protocolo se garantiza, de un lado, la existencia del documento en el futuro frente a las posibles desapariciones y destrucciones del mismo, sean fortuitas o maliciosas, y de otro lado, la integridad del documento (...) El protocolo conserva la existencia del documento público, evita su falsificación y de aquí deriva la especial eficacia que se le atribuye. De este modo contribuye a la seguridad del tráfico jurídico”¹⁶⁹.

No importa que el notario que autorizó el instrumento público haya fallecido, se jubile, se inhabilite como notario, siempre habrá un notario sustituto a cargo de ese protocolo, a quien el interesado puede solicitar una copia total o parcial del instrumento, ello a pesar de los años transcurridos desde la instrumentación del acto, hecho o circunstancia. Los protocolos no se destruyen. Pervive en ellos, no solo su valor jurídico, sino también socio-histórico.

La incorporación del documento notarial al protocolo forma parte de la esencia misma de la función notarial. Sólo se logra la pervivencia de los actos, hechos y negocios instrumentados por el notario a través de una diligente conservación y custodia de los documentos, de ahí el deber jurídico impuesto por el Reglamento notarial al notario en su artículo 140 ¿Qué fuera de la eficacia del documento público notarial, si éste no se conservara perennemente en el tiempo? Solo el protocolo notarial logra la conservación del instrumento público en su totalidad y con ello su integridad, la perdurabilidad del pensamiento humano allí

¹⁶⁹ Rojas Martínez del Mármol, M. P., *El ejercicio privado de...*, cit., p. 140.

corporificado, superando así, el devenir de los siglos, y la frágil memoria de los humanos.

3. Naturaleza jurídica

El tema de la naturaleza jurídica del protocolo notarial no resulta menos polémico doctrinalmente. Atrás han quedado los tiempos en que los protocolos era propiedad del notario, y tras su fallecimiento, heredable por causa de muerte. Para determinar la verdadera naturaleza del protocolo notarial, hay que tomar como presupuesto que el acceso al protocolo no es libre. A diferencia de los Registros, el protocolo no ofrece publicidad de las manifestaciones de voluntad y hechos no negociales contenidos en él. Todo lo contrario. Se sustenta en la secretividad. El documento público notarial circula en el tráfico jurídico por medio de copia, no de certificación, ni el principio de tracto sucesivo, ni el de prioridad le informan, como sí sucede en materia registral. Por ello la tesis que parece dominante en la doctrina¹⁷⁰ es la que le califica como un bien demanial, o sea, un bien del demanio público: un bien afecto a un uso público común, como res, o sea como cosa, en el sentido del corpus de ese protocolo, pero que supone un uso privativo para quienes conforme con el artículo 130 del Reglamento notarial, tienen derecho a las copias de los documentos contenidos en él, y, en consecuencia, a que le sean exhibidas las matrices, que en sentido negativo, implica la exclusión de los demás, salvo las autoridades habilitadas por la ley (vid. artículo 142 del Reglamento notarial), y los propios particulares para acceder al contenido del resto de los instrumentos, respecto de los cuales no pueden demostrar interés legítimo.

Analicemos con más detalles la tesis. El protocolo como res, como cosa corporal pertenece al Estado, pero no a título de propiedad, sino como bien del dominio público, fuera del tráfico jurídico, bajo un régimen jurídico peculiar. Adpero, hay que distinguir entre el corpus mechanicum y corpus mysticum, o sea, el pensamiento incorporado en él. Como bien expuso De Prada González, “la especial naturaleza del documento trae como consecuencia que pueda establecerse un régimen jurídico distinto para el soporte corporal del documento y para el pensamiento documental contenido en el mismo”¹⁷¹. De ahí que pueda defenderse la idea de que el protocolo notarial pertenezca al demanio público, con titularidad estatal, pero repito, en el entendido de que dicha titularidad recae sobre el protocolo como cosa. Única posición que permitiría el pleno desenvolvimiento de la fe pública notarial. Pero no lo que él se instrumenta, no el pensamiento expresado en cada documento, no el contenido documental que pertenece a quien o quienes lo expresaron. Razón suficiente para justificar los derechos de los particulares sobre sus declaraciones. Y si bien es cierto que en los documentos públicos notariales, no solo existen declaraciones de los comparecientes, sino también del notario, éstas, y los juicios ofrecidos, tienen

¹⁷⁰ Fue la defendida por de Prada González. J., “Función notarial...”, cit., pp. 221-231 y Rojas Martínez del Mármol, M. P., El ejercicio privado de..., cit., pp. 141-143.

¹⁷¹ de Prada González. J., “Función notarial...”, cit., p. 226

por razón dar autenticidad a dichas declaraciones. Ellas per se no son auténticas, en todo caso, autenticadas por la intervención notarial.

Los comparecientes tienen el derecho a mantener en estricta privacidad el contenido de sus declaraciones de voluntad, a que éstas no sean conocidas por terceros, salvo excepción. Por ello no se permite el acceso al protocolo notarial, salvo a las autoridades reconocidas en el artículo 142 del Reglamento, a saber: “las (...) correspondientes del Ministerio de Justicia y de las direcciones provinciales de Justicia de los órganos locales del Poder Popular, por mandamiento judicial o interés histórico debidamente acreditado” y en el caso de las citadas autoridades, cualifica la norma, que ha de ser sólo en función de su cargo. Como es una norma excepcional, no cabe interpretación extensiva, es decir, no se admite a otros funcionarios, distintos a ellos, tener acceso al protocolo notarial. Sólo el notario a cargo del protocolo puede tener un conocimiento exacto de él.

Los particulares pueden concretar el derecho sobre sus declaraciones contenidas en los documentos protocolizados a través de las copias (vid. artículo 130 del Reglamento) o de la exhibición de la matriz (reconocido vía arancelaria)¹⁷². Compete al notario entonces ser un celoso guardián del corpus del protocolo y del secreto de las declaraciones de voluntad, negocial o no, y de los demás hechos y circunstancias jurídicas contenido en él.

4. Modalidades

El Código Notarial de 1929 reguló dos tipos protocolos, el general que incluía todas las matrices autorizadas por el notario, y el reservado: “en el que se insertarán con la numeración correspondiente copia de la carpeta de los testamentos cerrados, cuyo otorgamiento hubieren autorizado e incorporarán los originales de los testamentos abiertos cuando los testadores así lo soliciten. Llevarán además un protocolo reservado de filiaciones que se formará con las escrituras matrices de reconocimiento de los hijos naturales cuando los interesados no quieran que se agregue al protocolo general” (vid. artículo 102)¹⁷³.

¹⁷² Este derecho supone la posibilidad que tienen los comparecientes, sus causahabientes o quien demuestre tener interés legítimo, de leer por sí mismos la matriz del documento, pero sin que ello implique tener derecho a acceder, sin intervención notarial, al tomo en el que se encuentra incorporada, ni a poder leer el resto de los documentos notariales.

¹⁷³ La Ley Orgánica del Notariado español reguló dos tipos de protocolos reservados, uno para testamentos y codicilos cerrados y testamentos y codicilos abiertos, cuando los testadores lo hubieren solicitado. Vid. artículo 34. Y otro protocolo reservado en el que se incluían las escrituras matrices de reconocimiento de hijos naturales, cuando así lo hubiere solicitado los interesados. Protocolos que tuvieron muy poca aceptación. Al respecto adujo Fernández Casado, cit. pos Riera Aisa, Luis, voz “Notario”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XVII, bajo la dirección de Buenaventura Pellisé Prats, Editorial Francisco Seix, 1982, p. 833: “En la notaría que tenemos a nuestro cargo no existe ninguna escritura de reconocimiento de hijos naturales ni de testamento cerrado incorporado al protocolo reservado, y el último testamento cerrado data de 1866, de

Sostiene Rodríguez Adrados que la regulación de los protocolos reservados obedece a un criterio de ordenación de los instrumentos notariales *ratione materiae*, esto es, se sustrae del protocolo ordinario, que no por ello dejar ser también reservado, en cuanto el notario ha de mantener el secreto profesional, determinados documentos notariales en razón de la materia sobre la cual versan¹⁷⁴.

Es evidente que al desaparecer de nuestro Código Civil la regulación del testamento cerrado, así como las modificaciones que introdujo en su día el Código de Familia en materia de igualdad de los hijos y filiación, desaparecieron los fundamentos para que existieran estas dos modalidades de protocolos. En la actualidad en cada notaría, el notario lleva un solo protocolo, constituido éste por las matrices de las escrituras y actas notariales autorizadas durante un año natural, con diligencia de apertura y cierre de cada tomo que le conforma y del mismo protocolo y el índice alfabético de los comparecientes. Se trata de un protocolo constituido a posteriori (colección endógena), de modo que el documento matriz nace o se crea material y jurídicamente fuera de él¹⁷⁵.

5. Medidas de conservación y custodia de los protocolos notariales

Siguiendo los criterios del profesor Verdejo Reyes¹⁷⁶, pueden sintetizarse las medidas de conservación y custodia de los protocolos notariales de la manera que se expresa:

5.1. Regla de permanencia

Esta primera regla, contenida en el artículo 22 de la Ley notarial tiene su razón en la propia esencia de la función notarial. El protocolo es el mayor tesoro que

modo que si cada veinticinco años se recibe un testamento cerrado, se necesitan dos mil quinientos años para formar el protocolo reservado testamentario, y mientras tanto documentos de esta importancia han de andar entre carpetas y tiras de papel con peligro evidente de extravío y deterioro". En España, en 1967, por Decreto de 22 de julio, se creó el protocolo de protestos, sustentado en la necesidad de aligerar el protocolo ordinario, al retirar de él los protestos de letras de cambio y demás documentos mercantiles. El resto de los protocolos reservados hoy día han sido suprimidos, el de testamentos por Ley de 20 de Diciembre de 1991 y el de reconocimiento de filiaciones por la Ley de 17 de diciembre de 1990 sobre nacionalidad.

¹⁷⁴ Cit. pos de Prada González, "Función notarial...", cit., pp. 217-218. Allí, en nota (39) señala que "La ratio de estos protocolos (...) es lograr una mayor reserva o secreto, que se entiende de esta forma mejor protegido (...)".

¹⁷⁵ A diferencia de otros ordenamientos que regulan un protocolo que se forma a priori (colección exógena), ya existente, antes de ser extendidos, otorgados y autorizados los documentos en los libros o en los folios u hojas movibles. Sobre el tema vid. Pelossi, Carlos A., El documento..., cit., p. 183.

¹⁷⁶ Verdejo Reyes, P. C., Derecho..., cit., pp. 48-51.

custodia un notario. Por lo tanto, su no extracción de la sede en la que el notario ejerce su función pública, o sea, la notaría, archivo u oficina notarial o consular (si se tratare de cónsul), es un presupuesto indiscutible¹⁷⁷, salvo en circunstancias muy particulares:

- a) para su traslado al archivo correspondiente¹⁷⁸;
- b) por disposición del Ministerio de Justicia o de los tribunales;
- c) en caso de fuerza mayor.

No cabe, en principio, en sede de protocolos notariales la extracción o desglose de documentos, salvo, por eso se prevé como excepción, que se investigue una posible falsedad o nulidad documentaria y se interese la matriz de dicho documento por el tribunal competente para practicar v.gr. una prueba pericial caligráfica, ante lo cual el notario a cargo del protocolo deberá tomar toda medida precautoria, para dejar explícita la razón por la que la matriz no obra en él¹⁷⁹. Luego, amén del resultado procesal, aún declarada la falsedad

¹⁷⁷ Al ofrecer sus comentarios en 1865, Ruíz Gómez, del primer y el tercer párrafo del artículo 32 de la Ley Orgánica del Notariado español, tres años antes sancionada, similar al enunciado general del artículo 22 de la Ley de las Notarías Estatales, eso sí sintetizado, expresó que las disposiciones contenidas en él "... están basadas en razones muy poderosas e indestructibles: los protocolos y demás documentos referidos constituyen un depósito en que se aseguran cuantiosos e importantísimos intereses de los particulares; y si se sacasen de la notaría, quedarían expuestos a abusos y riesgos de grave trascendencia; así como, al salir de manos del fedatario, se quebrantaría su reserva y la garantía de verdad o de legitimidad que la custodia por su parte ofrece", cit. pos Rodríguez Adrados, Antonio, "El desglose del protocolo de la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito", en *Escritos Jurídicos IV*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 335.

¹⁷⁸ Según dispone el artículo 158 del Reglamento notarial el notario que tiene a su cargo el Archivo Provincial de Protocolos Notariales fijará día y hora para recibir los tomos de las notarías u oficinas notariales o consulares que en razón de su data han de ser trasladados para el Archivo, conforme comunicación ofrecida por el notario o funcionario consular o diplomático facultado para ello. Traslado que se efectuará con la presencia del notario de que se trate, o del representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, en su caso, extendiéndose por el notario archivero, acta de dicha entrega en la cual se harán constar los tomos, cantidad de documentos, y folios de los respectivos protocolos, adjuntándose una copia del índice anual, con firma de ambos en la diligencia de entrega, copia de la cual será remitida al Ministerio de Justicia. Procedimiento al que se ajustará la remisión de esos mismos protocolos notariales, veinte años después, al Archivo Histórico de la Academia de Ciencias de Cuba, según el artículo 159 del mismo cuerpo legal.

¹⁷⁹ En este sentido nada ha dispuesto nuestro ordenamiento jurídico, pero al parecer lo más lógico es extender una copia literal, total, de dicho documento en el protocolo por el notario a su cargo. Explica Rodríguez Adrados, A., "El desglose del protocolo...", cit., pp. 346-347, que el notario dejará en todo caso testimonio literal de la matriz desglosada, o sea copia autorizada, con intervención del Ministerio fiscal. Esta copia – sigue explicando el célebre autor– conviene se confeccione mediante fotocopia de la matriz, la cual puede extenderse a continuación del mandamiento, incorporando

documentaria, la matriz ha de retornar al protocolo, si bien tal declaración judicial se hará constar por nota marginal.¹⁸⁰

Este desglose de la matriz, del protocolo notarial, ha sido definida como “una operación jurídica en virtud de la cual una matriz determinada se separa del protocolo, deja de ser protocolo, de manera provisional o definitiva según el resultado del proceso penal; y por tanto se sustrae al poder del Notario que tiene encomendada la custodia de ese protocolo, se le desposee de ella (...) y se extrae del Archivo que el Notario tiene a su cargo”¹⁸¹, recalándose su carácter excepcional, mucho más en otros ordenamientos como el español. En Cuba, el artículo 22, inciso b), de la Ley notarial, alude a “disposición de los tribunales”, lo cual permitiría al juez, como hemos expresado, solicitar la matriz del documento, no solo por causa de falsedad documentaria, sino también ante un supuesto de nulidad documentaria. De ahí que lo mismo estará habilitado para disponerlo el juez de lo penal, que el juez de lo civil. En España, el carácter excepcional se remarca, al habilitar el mandamiento judicial tan solo al juez de lo penal, cuando se trate de documento matriz que pueda ser considerado cuerpo de un delito, según artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Notariado¹⁸². El desglose, no es un acto notarial, sino judicial. Es el juez quien lo dispone, en tanto al notario, no le queda más que consentirlo, en aras de contribuir a aplicar la justicia.

También cabe la posibilidad de que ante un evento sísmico o un huracán o ante la inminencia de una inundación o de un incendio, sean rescatados los protocolos y

también el testimonio de la providencia, si no figurare en el mandamiento mismo, aunque también puede extenderse independientemente y dejar unidos dichos documentos. En todo caso se hará constar su finalidad, en el pie de expedición de la copia y se pondrá en la matriz desglosada la correspondiente nota. La copia literal, con los documentos anexos en su caso, se colocarán en el protocolo, en el mismo lugar que ocupaba la matriz desglosada. Aclara también que del acto de desglose se levantará la correspondiente acta por vía judicial, de la cual dará fe el secretario y será firmada por todos los presentes en el acto de desglose, entre ellos el notario, quien conservará para su resguardo, uno de los ejemplares, o un testimonio expedido por el secretario judicial.

¹⁸⁰ Empero, esta posición no siempre se comparte en la doctrina. Expresa Rodríguez Adrados, A., “El desglose del protocolo...”, cit., pp. 348-349, que en los casos de sobreseimiento libre, sobreseimiento total y, siempre que se declare que la matriz no es el cuerpo del delito deberá volver al protocolo del que fue desglosada, o sea, de sus palabras tal parece que en los casos en que se declare que ella es cuerpo de un delito no se reintegra al protocolo.

¹⁸¹ Rodríguez Adrados, A., “El desglose del protocolo...”, cit., p. 341.

¹⁸² No cree procedente Rodríguez Adrados, A., “El desglose del protocolo...”, cit., p. 344-345, según la fórmula normativa utilizada por dicho precepto, que proceda el desglose en los supuestos de falsedad ideológica, ni tampoco en los delitos, como la estafa, en que la escritura matriz haya podido ser instrumento de su comisión, pero sin que quepa calificarla como cuerpo mismo del delito, en tanto el desglose de la matriz en estos casos en nada contribuiría a la comprobación del delito e investigación de su autor.

evacuados en un lugar seguro, pero seguimos en terreno de excepciones. De lo contrario, el protocolo no sale de la sede notarial. Su condena, en este sentido, y en pos de la seguridad jurídica, es perpetua.

Como complemento de esta regla, se dispone la indestructibilidad del protocolo notarial, aun cuando se encuentre en mal estado. Sólo cuando haya operado una reconstrucción total o parcial (según el caso) y su notoria inutilidad así lo aconseje, procederá entonces su destrucción, previa aprobación del Ministerio de Justicia.

5.2. Regla de acceso al contenido del instrumento protocolizable

Muy vinculada a la anterior se enuncia esta segunda regla, instrumentada en el artículo 142 del Reglamento notarial al disponer que “Los protocolos y los documentos que lo integran sólo podrán ser examinados, en función de su cargo, por las autoridades correspondientes del Ministerio de Justicia y de las direcciones provinciales de Justicia de los órganos locales del Poder Popular, por mandamiento judicial o interés histórico debidamente acreditado”.

De este modo tienen acceso al protocolo notarial:

las autoridades del Ministerio de Justicia y de las direcciones provinciales de Justicia, concretamente cuando en función de su cargo realizan inspecciones conforme con lo establecido en los artículos 166, inciso e) y 167, inciso e), ambos del Reglamento notarial;

por mandamiento judicial, en tal caso el tribunal puede practicar en la sede notarial el cotejo de documentos (de la copia con el original) cuando en la fase probatoria se ha impugnado el documento público aportado, por falta de exactitud o autenticidad, lo cual puede hacer el tribunal con citación de las partes, por sí mismo o por medio del secretario (cfr. artículo 286 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral), bien interesando la matriz, excepción de la regla de permanencia o constituyéndose en la sede notarial, para acceder desde allí a la matriz del documento, excepción a la regla de acceso al contenido del documento protocolizable. Por supuesto, el tribunal sólo tendría acceso a la matriz del instrumento en concreto, cuya copia se impugna;

por interés histórico, cuando así se acredite ante notario público¹⁸³.

Los que sí tienen acceso al contenido del documento público protocolizado, bien a través de la solicitud de copias o por exhibición (consagrado este derecho ex vía

¹⁸³ Vid. infra 7.

arancelaria)¹⁸⁴ son las personas relacionadas en el artículo 130 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales¹⁸⁵, a saber:

las personas naturales o jurídicas a cuyo favor resulte algún derecho, ya sea directo¹⁸⁶ o adquirido por otro acto; los que acrediten tener interés legítimo en el documento; y los representantes de las personas a que se refieren los incisos anteriores, previa acreditación de la representación legal o voluntaria que ostenten.

Esta regla refuerza el secreto que inspira el protocolo notarial.

No cabe duda que tienen derecho a copia los comparecientes, ya lo hagan por sí, o a través de sus representantes, según lo previsto en el artículo 25 de la Ley notarial, si bien increíblemente el precepto comentado no reconoce, como debe suponerse, el derecho del compareciente a interesar copia del documento notarial en que ha intervenido (cuando el compareciente es parte en sentido material).

Verdaderamente controvertido ha sido en sede doctrinal, determinar qué se entiende por interés legítimo y sobre todo, distinguirlo del supuesto reconocido en el inciso a). Rodríguez Adrados que con profundidad ha estudiado el tema, en su afán de deslindar, entre sí, los mismos supuestos descritos en los incisos a) y b) del artículo 130 de nuestro Reglamento notarial, similar a los que describe el artículo 224 del Reglamento Notarial español ha expresado que el interés legítimo supone la ausencia de derecho, es decir, aquellos supuestos en que se persigue obtener una copia del documento mismo que ha privado del derecho, lo ha extinguido y que en consecuencia existe interés legítimamente fundado en

¹⁸⁴ Rige en materia de documentos públicos notariales, el principio de presentación. El documento para que cause efectos jurídicos contra los terceros tiene que exhibirse, en tanto los terceros no tienen el deber jurídico de conocerlos. Distinto, por supuesto, al principio de publicidad en sede registral.

¹⁸⁵ Ha dicho la Dirección de los Registros y del Notariado de España a través de Resolución de 19 de agosto de 1981 que “Quienes tiene derecho a obtener copia lo tienen también a la exhibición del protocolo y a la inversa, lo que equivale reconocer, como regla general, que ambos derechos tienen un ámbito personal coincidente”, en Delgado de Miguel, Juan Francisco, Código Notarial, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 415.

¹⁸⁶ Se incluyen aquí a los herederos de las partes en sentido material, cuando hay escisión entre parte material y parte formal, a los causahabientes en sentido genérico, a saber: cesionarios, acreedores hipotecarios, y cualquier otro que demuestre una adquisición derivativa, sea traslativa o constitutiva, o sea, aquellos cuyo derecho traiga causa del título cuya copia se solicita, adquirido por un título distinto, que normalmente será posterior. Igualmente cabe incluir el titular de un derecho de retracto, respecto de la escritura que contiene la transmisión sobre la que puede operar, en la que puede subrogarse, en tanto que conforme al dictado de la norma tiene un derecho resultante de esa escritura, el derecho de retracto, antes meramente potencial y que esa escritura ha convertido en actual. Apud Rodríguez Adrados, A., “Personas con derecho...”, cit., pp. 382-387.

conocer, aunque sea para intentar impugnar el documento mismo¹⁸⁷. El propio autor expresa: “Creemos, pues, haber demostrado la autonomía de la figura del interés legítimo; porque cuando el solicitante ostenta un 'derecho' no tiene por qué demostrar, ni tener interés, porque cuando son frecuentes los casos en que hay interés, sin haber 'derecho'; y porque hay supuestos en que el interés radica en haber sido privado – al menos prima facie- de un derecho y el derecho a copia tiene por fin precisamente el conocimiento del documento que ha originado esa privación y, en su caso, la impugnación del mismo”¹⁸⁸.

Por ello el notario ha de ser muy cauteloso en la expedición de copias. No cabe hablar en este tema de reglas rígidas -como aduce Rodríguez Adrados-, es reglado el derecho a obtener copias cuando está fundado en una norma legal o reglamentaria concreta que hay que interpretar y aplicar (artículo 130 incisos a) y c) pero cuando se basa en el interés legítimo el tema pasa a lo discrecional¹⁸⁹. De ahí que el notario, en aras de la prudencia, la racionalidad y la lógica, ha de ofrecer un juicio ponderado que le permita armonizar el secreto del protocolo, la posibilidad de razonables perjuicios para los comparecientes del instrumento y el interés legítimo del peticionario, para determinar si expide copia total o parcial¹⁹⁰.

Cabe también la existencia de un interés legítimo parcial que desemboca en la expedición de una copia parcial, precisamente como límite del derecho del solicitante a obtener una copia, supuesto que lamentablemente no está previsto en nuestro Derecho positivo. Este interés legítimo parcial se da en aquellos casos en que el peticionario sólo logra demostrar dicho interés, respecto de determinadas cláusulas de la matriz, pero su acceso al resto del contenido, le está vedado, precisamente en protección de la secretividad del protocolo¹⁹¹. Corresponde al notario determinar si el acceso al contenido del documento, por parte del solicitante, es total o parcial. Y sobre esa base expedir una copia, total o parcial, de la matriz. Y por último la expedición de copias a efectos limitados, cuyo campo de actuación preponderante está dado en los supuestos en que la

¹⁸⁷ Vid. Rodríguez Adrados, A., “Personas con derecho...”, cit., pp. 388-389.

¹⁸⁸ Idem, p. 390.

¹⁸⁹ Ibídem.

¹⁹⁰ Así se ha pronunciado la Dirección de los Registros y del Notariado de España en Resoluciones de 17 de julio de 1963, 8 de marzo de 1967, 22 de marzo y 5 de junio de 1974 y 3 de agosto de 1978, cit. pos Rodríguez Adrados, A., “Personas con derecho...”, cit., p. 393.

¹⁹¹ V.gr. la copia que interesa un sublegatario respecto de un testamento del que ha resultado beneficiado, en que hay cláusulas declarativas y dispositivas no patrimoniales de carácter familiar.

posesión y la exhibición de la copia autorizada tienen efectos legitimadores de la actuación que se pretende, así en el negocio de apoderamiento¹⁹².

5.3. Regla de identidad y contenido

Significa la identificación o señalización del contenido del protocolo, lo cual se realiza a partir de una diligencia de apertura en su inicio y otra de cierre al final.

Con la diligencia de apertura se inicia el protocolo el primer día hábil del año en que autoriza documento público el notario, lo cual no tiene por qué hacerse coincidir con una fecha temprana del calendario, pues cabe la posibilidad de que el notario abra protocolo a mediados o a finales de año, por ser su primer protocolo o por reincorporarse después de una licencia de maternidad o por enfermedad, para citar algunos ejemplos. Esta podrá consignarse al margen superior del anverso de la primera hoja del primer documento que autorice el notario o en hoja aparte, constituyendo esta hoja el primer folio del protocolo¹⁹³. Según el artículo 143 del Reglamento notarial, en la diligencia el notario ha de expresar textualmente: “Protocolo de los documentos notariales correspondientes al (año); y a continuación consignará la fecha, sus nombres y apellidos, unidad notarial y el sello de la notaría”¹⁹⁴.

Se harán tantas diligencias de apertura, como tomo existan en cada protocolo (cfr. artículo 144, segundo párrafo, del Reglamento).

Sucede similar con la diligencia de cierre, a mi juicio más importante. Ella supone, al final del protocolo una identificación de lo que contiene, si han existido errores en las foliaturas, si hay sustituciones de notarios, reconstrucción de algún documento, en fin, toda novedad deberá quedar reflejada.

Para practicar la diligencia de cierre, se sigue idéntico procedimiento que para la diligencia de apertura. Lo más común es que se haga en hoja aparte, constituyendo ésta el último folio del protocolo. También se hace al concluir cada uno de sus tomos. Según el artículo 147, primer párrafo, del Reglamento notarial, esta diligencia se extiende al concluir el año y con ello el último día

¹⁹² El apoderado no puede interesar copia de la escritura pública en la que fue nombrado como tal, a menos que expresamente el poderdante lo haya habilitado. Con ello este último evita que puedan utilizarse segundas copias para comprometer su propio patrimonio y confía en que retirándole la única copia concedida al apoderado, la actuación frente a terceros de éste en interés suyo, ya no será posible. Por ello el apoderado necesita tener y exhibir la copia que acredita su designación y facultades y no le valdrá la simple manifestación ni la exhibición de una copia que haya sido expedida limitadamente, v.gr. a los fines de la inscripción de una escritura otorgada con anterioridad.

¹⁹³ Esta última, es la manera más común en nuestra práctica de hacer constar la diligencia de apertura y también la de cierre.

¹⁹⁴ Esta expresión es puramente española. Entiéndase el cuño gomígrafo que identifica la notaría.

hábil en que el notario autorizó documentos públicos, pero pudiera ser antes, si v.gr. sale de vacaciones en la última quincena de diciembre o de licencia por enfermedad o maternidad antes de concluir el año o cuando cese definitivamente de su cargo. De no poderla hacer él, entonces, le corresponderá hacerlo a quien le sustituya (vid. artículo 148 del Reglamento notarial).

Dicha diligencia contendrá el texto siguiente: “Concluye el protocolo del año () que contiene () tomos, () documentos notariales y () folios, autorizados por mí, el infrascripto notario de(lugar), y doy fe de no haber autorizado otros.” Por esta razón la considero mucho más importante que la diligencia de apertura, pues en ella el notario da fe del total de documentos notariales protocolizables¹⁹⁵ que él autorizó, y del número de folios a que asciende (sumatoria de matrices originales, documentos agregados y de las hojas que ocupan ambas diligencias, apertura y cierre, cuando así se hayan extendido). Con esto se contribuye a evitar sustraer o intercalar cualquier documento obrante en el protocolo. Obsérvese que el notario deberá aclarar en dicha diligencia si en su protocolo fueron autorizados otros documentos por el notario sustituto, y en tal caso, expresar su nombre y si constan documentos reconstruidos (vid. artículo 149, segundo párrafo, del Reglamento notarial).

5.4. Regla de numeración ordinal por fecha

Esta regla “Es la expresión documental de la correlación de documentos, como unidades independientes entre sí, dentro del protocolo”¹⁹⁶. Hemos dicho que los documentos públicos notariales se ordenan en el protocolo, de modo cronológico, en orden ascendente. El primer número ha de coincidir en fecha con el primer día hábil del año en que el notario autoriza documentos públicos, o el primer día hábil para el notario que abre en esa fecha su protocolo. Todo documento público protocolizable (puesto que los no protocolizables no cumplen con esta regla) comienzan con un número, que indica el que le corresponde en el protocolo de ese notario, número que puede consignarse en guarismos. “Cada vez que el Notario da número a un instrumento (...) realiza un acto material de formación de protocolo que sirve tanto para separar unos de otros los diversos instrumentos como para facilitar el manejo del protocolo”¹⁹⁷. La establece el artículo 144, primer párrafo, del Reglamento notarial, que a tono explicativo dispone: “Una vez extendida la diligencia de apertura, se colocarán los documentos sucesivamente por orden ascendente de numeración, comenzando por el número uno y fecha de autorización”.

¹⁹⁵ Por supuesto no se incluyen todos los no protocolizables, que también son documentos públicos, autorizados por él.

¹⁹⁶ De Prada González, J., “Función notarial...”, cit., en nota (40), p. 218.

¹⁹⁷ Giménez-Arnau, Enrique, Instituciones de Derecho Notarial, tomo II, Reus, Madrid, 1954, p. 279.

Su cumplimiento es irrestricto. Los documentos se numerarán, cualquiera sea su naturaleza, escrituras o actas, sucesivamente, conforme con la fecha de autorización. Si tienen la misma fecha, en el orden mismo en que fueron autorizados.

5.5. Regla de foliación interior

Regulada en los artículos 145 y 146 del Reglamento notarial. “Es la mención documental de la correlación física (hoja a hoja) del nuevo documento”¹⁹⁸. A su tenor todos los folios u hojas que conformen, lo mismo la matriz original, que la incorporada (documentos agregados), han de ser foliados por el propio notario autorizante, de manera consecutiva, según el orden cronológico de su autorización. La foliatura interior obedece a la necesidad de extremar precauciones en aras de evitar, la sustracción, suplantación, o adición de cualquier documento en el protocolo notarial. Cada notario al autorizar un instrumento público protocolizable, tras su incorporación protocolar, ha de foliar cada una de las páginas que le conforman, además de firmar cada folio de la matriz original y cada documento agregado (vid. artículo 36 del Reglamento notarial). Esta foliatura puede hacerse en letras, o utilizando guarismos, o a través de medios mecánicos, de modo impreso. Tanto esta regla como la anterior son consecuencia del sistema de ordenación adoptado por nuestra Ley y de la naturaleza del protocolo como libro in fieri.

Dispone el artículo 146 la manera en que quedaría subsanado el error durante la foliatura interior practicada por el notario. Para ello el notario salvará el error cometido mediante diligencia que consignará al final del último folio enumerado, expresando textualmente: “Lic. (Dr) () Notario a cargo de este protocolo, doy fe, que en la foliación correspondiente al número () se consignó erróneamente el número () por lo que procedí a tacharlo, consignando al lado el correcto”. A continuación se consignará el lugar, fecha, firma del notario y el sello que identifique a la notaría.

5.6. Regla de sustitución notarial

Obedece su existencia a la posibilidad de que el notario a cargo de su protocolo, pueda interrumpir por un período de tiempo el ejercicio de la función notarial, motivado por múltiples razones, a saber: enfermedad, licencia de maternidad, salida temporal del país, etc. Para estos supuestos se prevé el nombramiento de un notario sustituto¹⁹⁹, quien se hará cargo de su protocolo, bien para expedir copias de los documentos ya autorizados, o para autorizar documentos, pero para el protocolo de su compañero sustituido, esto es, cabe que en el protocolo del notario A, existan documentos autorizados por el notario B, siempre que en

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Nombramiento que corre por cuenta del Ministro de Justicia o del Director Provincial de Justicia, mediante resolución, según la competencia del notario a quien se sustituye. Vid. a tal fin artículos del 24 al 27 del Reglamento notarial.

el texto del documento notarial se haya expresado que el notario autorizante (B) lo incorporará en el protocolo del notario sustituido (en el ejemplo, A).

Cabe la posibilidad también que el Director Provincial de Justicia o el Ministro de Justicia, en su caso, designen un notario ad hoc para que practique por sustitución, únicamente la diligencia de cierre, el ejemplo paradigmático lo encontramos en caso de fallecimiento del notario²⁰⁰, en que será necesario que el notario designado en sustitución, se limite a consignar dicha diligencia (vid. artículos 148 y 149 en relación con el artículo 147, todos del Reglamento notarial). En este supuesto cabe (y ha de ser lo más común) que todos los documentos contenidos en cada uno de los tomos que forman el protocolo hayan sido autorizados por el notario a cuyo cargo estaba, a excepción de la diligencia de cierre, que será practicada por el sustituto, cualquiera sea la fecha del año. Si la muerte sorprende al notario en marzo, el protocolo quedará cerrado en ese propio mes, o a más tardar en el siguiente (por razones de seguridad jurídica) y no habrá que esperar, por supuesto, la terminación del año.

Si hubiere documentos reconstruidos en el protocolo, el notario sustituto lo hará constar igualmente en la diligencia de cierre.

5.7. Regla de índices complementarios del protocolo

Se ha explicado que a todo protocolo notarial se incorpora un índice complementario, cuya función primordial, lo es el auxiliar al notario en la búsqueda de los documentos incorporados a su protocolo. Este índice se confecciona en orden alfabético por el primer apellido de cada uno de los comparecientes en los documentos obrantes en él, cualquiera sea el tomo. Se trata de un único índice por protocolo, no por tomo. En él se reflejará además la fecha de autorización, y el nombre dado, conforme con el juicio de calificación ofrecido por el notario, del instrumento autorizado (vid. artículo 150, primer párrafo, del Reglamento notarial).

Cada uno de los tomos que conforman el protocolo, será identificado también, a través de la rotulación del nombre de la notaría, oficina notarial o consular de que se trate, el nombre o los nombres de los notarios o cónsules autorizantes, el año que corresponde y el número de documentos que contiene. Respecto de esto último, entiéndase que se expresa el número inicial y el número final de los documentos comprendidos en el tomo, lo cual no tiene que ser exacto en cada tomo, depende del volumen de documentos agregados. Así, v. gr. el tomo I puede constituirse por 300 documentos públicos notariales y el tomo II por 248, ello puede estar motivado porque los documentos que obran en el tomo II, tienen mayor volumen de documentos agregados que los obrantes al tomo I, por lo tanto el grosor es mayor y el espacio ocupado también. De modo que, el tomo I lo integran los documentos del 1 al 300 y el tomo II, los del 301 al 548 y así se

²⁰⁰ Supuesto que prevé el artículo 27 del Reglamento notarial, pero que puede hacerse extensivo a otros supuestos como jubilación, renuncia o revocación del cargo de notario.

consignará en el lomo de cada tomo (vid. artículo 150, segundo párrafo, del Reglamento notarial).

6. Reconstrucción de los documentos públicos notariales

Nuestras normas notariales, siguiendo sus antecedentes hispanos, regulan la reconstrucción de los documentos públicos notariales que, a causa de un accidente padecido o del paso inexorable del tiempo se han deteriorado o, de su pérdida, ya sea únicamente del documento, o íntegramente del protocolo en que se contenía (vid. artículos 23 de la Ley y 151 del Reglamento)

Hagamos un análisis sintético de esta figura:

1º Ámbito de aplicación

La reconstrucción puede darse, por tanto:

en caso de destrucción de la matriz o de todo el protocolo donde el documento se contiene;

en caso de pérdida del documento o de todo el protocolo donde el documento se contiene.

2º Legitimado para hacerla.

El notario público (cfr. artículo 151 del Reglamento notarial). Si bien el artículo 152 del propio Reglamento da a entender que la reconstrucción correrá a cuenta del notario que tiene a su cargo las matrices de los protocolos objeto de reconstrucción, lo cual no siempre podrá ser así. Si se trata de un protocolo extraviado, se reconstruye, porque ningún notario lo tiene bajo su custodia. En todo caso por la fecha y localización debiera estar a cargo de un notario determinado, v.gr. el notario archivero de la provincia ¿Supondría ello entonces que la reconstrucción de los documentos públicos contenidos en ese protocolo extraviado le compete exclusivamente a dicho notario?

3º Legitimados para interesarla.

Las mismas personas que tienen derecho a solicitar copia, o sea, los que determina el artículo 130 del Reglamento notarial, lo cual resulta lógico, si tengo derecho a interesar copia del documento público, a fortiori, tengo derecho a reconstruir la matriz (cfr. artículo 152 del Reglamento notarial).

4º Bases legales para la reconstrucción total o parcial de los documentos públicos notariales.

Las contenidas en el artículo 24 de la Ley notarial:

las copias autorizadas²⁰¹ de los documentos públicos notariales; los propios documentos que obren en el protocolo y su estado lo permita; los antecedentes que obren en archivos y registros oficiales²⁰².

Ellos son las fuentes de las cuales dispondrá el notario en esta compleja operación de reconstrucción de un documento público notarial. No cabe duda que la expresada bajo la letra b) opera cuando el documento que se pretende reconstruir está en muy malas condiciones de conservación, pero aún puede resultar útil. Mucho más compleja es la variante c) pues aquí se trata de emplear antecesores registrales, como pudiera ser la inscripción de una escritura de descripción de obra en el Registro de la Propiedad, a los fines de intentar a partir de ello, de reconstituir la matriz. Por supuesto, se acude a ella, cuando las fuentes expresadas en las letras b) y c) resultan imposibles.

5º Modalidades.

Según se trate de la pérdida o extravío de la matriz instrumental, de su íntegra destrucción o del deterioro de una parte de ésta, resultando útil el resto, se estará en presencia de una reconstrucción total o parcial.

6º Eficacia.

El documento reconstruido tendrá la misma eficacia que el original según el imperio del artículo 23 de la Ley notarial, aun cuando para este último la forma haya sido un elemento *ad solemnitatem*.

Empero, a diferencia del artículo 280 del Reglamento Notarial español que exige un procedimiento notarial y uno judicial, nuestra legislación no resulta, todo lo explícita que el tema requiere. Según el artículo 23 de la Ley notarial, el notario que haga la reconstrucción de un documento notarial “se ajustará a los requisitos y formalidades que se establecen en el Reglamento”, en tanto una lectura detenida del Reglamento en su artículo 152 nos permitirá constatar que la reconstrucción a cargo del notario se hará “previo el cumplimiento de los

²⁰¹ Expresión que utiliza el legislador, tomada del Código Notarial de 1929 y de la Ley Orgánica del Notariado español de 1862, que distinguían entre copia autorizada o primera copia y copia simple, pero que el Reglamento notarial desterró, vid. artículos del 128 al 139, ambos inclusive, del mencionado Reglamento.

²⁰² Lo cual no resulta aplicable a todos los documentos públicos notariales. Así se ha pronunciado nuestra Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia en su Dictamen 4/1998 de 26 de mayo atinente a que la pérdida o extravío de la escritura matriz de un testamento, sin que obre en poder de los herederos copia alguna que permita su reconstrucción conlleva a la apertura de la sucesión intestada del causante, sin que el correspondiente asiento de inscripción registral supla la ausencia física del documento en que se contiene el acto testamentario. Para ello se ha sustentado la Dirección en que el asiento de inscripción registral del testamento no ofrece datos sobre el contenido de dicho acto.

requisitos que se establecen en el artículo 24 de la Ley”. Mas ¿dónde están entonces los requisitos exigidos para la reconstrucción de los documentos públicos notariales? Se trata de un reenvío que deviene en un retorno, sin solución legal alguna.

Tan solo regula el Reglamento notarial la manera de reconstruir un documento público notarial a través de la copia aportada por la persona interesada, en el entendido que se trata de una primera copia y no de una copia expedida por el notario sustituto, pues se pretende con ella, cotejar la firma del notario autorizante de la copia, con las demás firmas obrantes en el protocolo del notario o en cualquier registro oficial donde ésta conste. Si el resultado del cotejo fuera favorable, o sea arroja como resultado la coincidencia de ambas firmas, se procederá por el notario a autorizar acta de protocolización de la copia, y, en la medida que ello sea posible (siempre que la matriz a reconstruir no esté extraviada o completamente inutilizable), el notario a cuyo cargo esté el protocolo donde obre el documento objeto de reconstrucción, hará constar por nota marginal ex artículo 47 del Reglamento notarial, la autorización de la referida acta, con lo que se tiene por reconstruida la matriz, particular del cual hará mención también en la diligencia de cierre (vid. artículos 154 al 156 y 149, segundo párrafo, todos del Reglamento notarial).

7. Archivos de protocolos notariales

A decir de Fernández Casado, los primeros proyectos españoles sobre los archivos de protocolo vienen de 1867, y su existencia como bien argumenta, está dada, en tanto “El instrumento público que ha de producir efectos legales, no sólo en la presente generación sino en las venideras, necesita una custodia más autorizada, más duradera, más eficaz que la del notario que autorizante, destinado a desaparecer de entre los vivos cuando aún exista el derecho cuyo nacimiento atestiguó como ocurrido en su presencia; necesita una protección que le dé, no la fuerza de un hombre, sino la de todo el Estado. Es preciso que se sustraiga el instrumento público del alcance del mismo interesado, que pudiera serlo en su alteración, en su modificación ilegal,... y es preciso que a pesar de la desaparición del autorizante y de los otorgantes, viva el título fehacientemente del derecho con el poder de la verdad, con la duración de la historia. Por eso la creación de archivos de escrituras públicas es una media complementaria de la institución notarial”²⁰³.

Los archivos de protocolos notariales tienen un inusitado valor en el orden histórico. Ellos dan continuidad al deber de custodia que tiene el notario por los protocolos que va formando.

La Ley de las Notarías Estatales establece en su artículo 33: “En las notarías y oficinas notariales o consulares se archivan y custodian sus respectivos protocolos y los documentos notariales autorizados durante los últimos 20 años”. De ello se colige que la custodia de los documentos públicos a cargo del notario o cónsul se extiende hasta los veinte años de autorización del

²⁰³ Fernández Casado, M., Tratado de..., I, cit., p. 647.

documento, aun cuando sea un nuevo notario o un nuevo cónsul (ineludible en este supuesto por la temporalidad de la función consular), quien lo tenga a su cargo. Transcurrido ese tiempo fijado ex lege, corresponderá su custodia al notario encargado del Archivo provincial de protocolos notariales. Definido en el artículo 34 como el lugar donde se depositan y custodian los documentos públicos notariales entre los veinte y los cuarenta años de antigüedad, incluyendo los de las oficinas consulares. Este Archivo está a cargo de un notario-archivero que no tiene tan solo la función de expedir copias de los documentos contenidos en los protocolos sino en él, sino también allí tiene su propia sede notarial, formando él mismo protocolo con los documentos matrices que autoriza, con las demás funciones notariales reguladas en los artículos 10 y 23 de la Ley.

Los protocolos con más de cuarenta años de formados, según lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley notarial “serán remitidos a la sección correspondiente del Archivo Histórico de la Academia de Ciencias” que si no siempre estarán a cargo de notario, pues cabe que también estén en manos del funcionario que al efecto se designe, quien expedirá con su firma la copia de los documentos públicos solicitadas por las personas legitimadas para ello, con la consignación de las notas marginales pertinentes, en la matriz (vid. artículo 47 del Reglamento notarial). Particular que me parece inexplicable, en tanto los protocolos notariales, sin excepción, cualquiera sea su data, han de estar bajo la custodia de un notario, por ser la única persona habilitada para expedir copias, ofreciendo fe pública derivativa o transcriptiva, sobre la base del documento público matriz que ha tenido a la vista, dotado éste de fe pública originaria. Otro extremo no supone el “concuerta con su original”, insertado en cada copia expedida por el notario autorizante. En este sentido es muy cauteloso el autor del Reglamento Notarial español cuando dispone en su artículo 290: “Ninguna persona que no sea Notario podrá tener a su cargo el Archivo de protocolos”.

Hemos apuntado el valor histórico de los protocolos notariales. Por eso suelen ser manantial al que acuden a abreviar reconocidos historiadores²⁰⁴. Los archivos de protocolos notariales constituyen una de las más importantes fuentes para caracterizar un período histórico, para recrear el ambiente y las costumbres de la época²⁰⁵, constituyen “por su amplitud y por su objetividad, la principal fuente de conocimiento de nuestra realidad pasada”²⁰⁶.

²⁰⁴ Da cuenta Rodríguez Adrados, A., “Visión panorámica...”, cit., pp. 399-400, que el “Entierro del Conde Orgaz” de El Greco, se solía fechar en 1584, hasta que San Román descubrió en el protocolo del escribano de Toledo, Juan Sánchez de Canales la nota extensa (matriz) de la escritura en la que El Greco se obligó a pintar el cuadro para la capilla de la Iglesia de Santo Tomé, la cual estaba fechada en 18 de marzo de 1586, en la que, por demás, se describe el cuadro, tal y cual pareciere un acta de presencia.

²⁰⁵ Por eso en España se ha intentado compatibilizar el desarrollo de investigaciones históricas, sociológicas, jurídicas, con la conservación de los originales. Motivo por el cual se le ha dado posibilidad a los notarios para que, dentro de un margen de discrecionalidad, valoren la pertinencia o no de permitir fotocopiar, documentos públicos, con interés investigativo, pero solo por razones de esta naturaleza, o sea, ante la objetividad de que el documento original pueda deteriorarse por su manejo, cabría

Por esta razón el artículo 142 del Reglamento notarial excepciona el carácter secreto del protocolo notarial ante un interés histórico, debidamente acreditado, declina pues el interés privado, ante la justificación de un motivo, como el de una investigación histórica. Particular que también reconoce el artículo 303 del Reglamento Notarial español, pero respecto del cual ha advertido la Dirección de los Registros y del Notariado de España en Resolución de 7 de marzo de 1975 que sin obstaculizar la investigación, el notario ha de tomar las medidas precautorias necesarias para que los documentos bajo su custodia sean conservados, sobre todo cuando se soliciten copias fotostáticas de los documentos (lo cual podría extenderse hoy día a la utilización de escáner), de modo tal que no resulte dañado la matriz del documento²⁰⁷.

Bibliografía

I. Textos doctrinales:

Delgado de Miguel, Juan Francisco, Código Notarial, Aranzadi, Pamplona, 1997; Fernández Casado, Miguel, Tratado de Notaría, tomo I, Madrid, 1895; Giménez-Arnau, Enrique, Instituciones de Derecho Notarial, tomo II, Reus, Madrid, 1954; González, Carlos Emérito, Teoría general del instrumento público, Ediar, Buenos Aires, 1953; Mora Vargas, Hermán, Manual de Derecho Notarial, Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 1999; Pelossi, Carlos A., El documento notarial, 3ª reimpression, Astrea, Buenos Aires, 1997; de Prada González, Joaquín, "Función notarial y protocolo", separata de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXIX, 1990; Riera Aisa, Luis, voz "Notario", en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XVII, bajo la dirección de Buenaventura Pellisé Prats, Editorial Francisco Seix, 1982; Rodríguez Adrados, Antonio, "El desglose del protocolo de la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito" y "Personas con derecho a copia", ambos en Escritos Jurídicos IV, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996; "Visión panorámica de los protocolos notariales" en Revista Jurídica del Notariado, N° 26, abril-junio 1998; Rojas Martínez del Mármol, María del Pilar, El ejercicio privado de la fe pública notarial, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003; Verdejo Reyes, Pedro C., Derecho Notarial, Pueblo y Educación, La Habana, 1990.

una negativa justificada del notario a cargo del Archivo Histórico. Vid. Rodríguez Adrados, A., "Personas con derecho...", cit., pp. 363-364.

²⁰⁶ Rodríguez Adrados, A., "Visión panorámica...", cit., p. 407.

²⁰⁷ Tomada de Delgado de Miguel, J. F., Código..., cit., pp. 424-425.

II. Textos legales:

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley Nº 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, 1983; Ley De las Notarías Estatales, Ley Nº 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; Ley Orgánica del Notariado español, Ley de 28 de mayo de 1.862, Gaceta de Madrid del 29 de mayo y su Reglamento, Decreto de 2 de junio de 1944 en, base de datos El Derecho, Editores, Legislación 1, Actualización 2-2004.

II. Unidad: Fundamentos y Regulación Notarial nicaragüense

Prof. Gerardo González Riega

ESPECIALIZACION EN DERECHO ECONOMICO

Asignatura	: Derecho Notarial de la Empresa
Número de Orden	:06
Número de créditos	:3 Créditos
Horas presenciales	:36 horas
Horas prácticas	:24 horas de ejercicios prácticos
Duración en ciclos	:3 semana/ 3 horas diarias

PROGRAMA

I Unidad. El Derecho Notarial Empresarial

Prof. Leonardo Pérez Gallardo

- 8. Aspectos generales**
- 9. La función notarial en el Derecho societario**
- 10. La función notarial en la contratación bancaria**
- 11. La función notarial en la contratación bursátil**
- 12. La función notarial en otras actividades empresariales**
- 13. La función notarial en el Derecho tributario**
- 14. La ética en el Derecho notarial empresarial**

II Unidad. Fundamentos y regulación notarial nicaragüense

Prof. Gerardo González Riega

- 5. Nociones generales del derecho notarial**
- 6. Fundamentos del Derecho notarial**
- 7. Ley del notariado nicaragüense**
- 8. Ley de jurisdicción voluntaria y otras diligencias**

Primer caso
Derechos Reales y Registro Público

I. Planteamiento de los hechos

Sujetos involucrados en el negocio

Parte A

- A.1 José Federico Martínez García
- A.2 Regina Inés Martínez García
- A.3 Manuela de Jesús Martínez García
- A.4 Marcos Morales Raudez

Parte B

- B.1 Fanor Berroterán Romero
- B.2 Maritza del Socorro González Reyna
- B.3 Fernanda Lizbeth Berroterán González

Naturaleza de los Derechos que serán objeto del negocio

Los nominados son titulares dominicales en comunidad de bienes de dos inmuebles contiguos que se describen así:

Primer Inmueble

Área

Media manzana

Linderos

NORTE: propiedad de Ernestina de Fábregas;

SUR: propiedad de José Luís Paredes;

ESTE: el otro lote perteneciente a las mismas personas;

OESTE: Carretera que conduce a Las Nubes .

Datos Registrales

Número VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS NUEVE (Nº 25,409);

ASIENTO OCTAVO (As 8º) de la Columna de Inscripciones;

FOLIO OCHENTA Y UNO (Fº 81) de la Sección de Derechos Reales del

TOMO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UNO (Tº 1331) del Libro de Propiedades

Registro Público de Managua

Segundo Inmueble

Área

Veintidós mil cuatrocientas diez varas cuadradas y catorce centésimas de vara cuadrada (22,410.14 vs2)

Linderos

NORTE: callejón que conecta conduce al poblado de Los Venados por medio, finca Fausto Díaz;

SUR: propiedades de Juventino Mairena y Sandra Cortez;

ESTE: finca de la sucesión de Martín Romero

OESTE: el otro lote perteneciente a las mismas personas

Datos Registrales

Número TREINTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS (N° 33526);

ASIENTO SEXTO (As 6°) de la Columna de Inscripciones;

FOLIO CIENTO CINCUENTA Y CUATRO (F° 154) de la Sección de Derechos Reales;

TOMO OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS (T° 842) del Libro de Propiedades del Registro Público de Managua

Titularidades

Grupo A

Adquirió la mitad indivisa de ambos lotes por compraventa hecha a la compañía Amigos del Sol S.A. en Escritura Pública cincuenta y siete (EP N° 57) autorizada por el Notario Nicomedes Vargas Vargas en Jinotepe, a las tres de la tarde con veinticinco minutos (3:25 PM) del diecisiete de mayo del año mil novecientos setenta y ocho (17/05/1978)

Marcos Morales Raudez adquirió la mitad del total de lo comprado por el grupo, el resto en partes iguales el resto.

Grupo B

Adquirieron por partes iguales la mitad indivisa de ambos inmuebles en virtud de haber sido instituidos Herederos Universales en Testamento otorgado en Managua por Diego Berroterán De Trinidad, autorizado por el Notario Roberto Gutiérrez Solís, en Escritura Pública número veinticuatro (EP N° 24), a las diez de la mañana (10:00 AM) del quince de abril de mil novecientos noventa y dos.

Interés planteado al Notario.

Tres de los cuatro sujetos que integran la parte identificada como Grupo A comparece ante el Notario, Regina Inés según explican no está en el país pero según José Federico el tiene un poder de aquella.

De los sujetos que integran el Grupo A, los tres primeros, pretenden disponer de sus derechos en ambos inmuebles donado a una organización filantrópica un lote que tiene un área de NUEVE MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y NUEVE VARAS CUADRADAS CON SETECIENTAS CINCUENTA Y SEIS MILESIMAS DE VARA CUADRADA (9,999.756 vs2) formando un polígono irregular que abarca parte de ambos inmuebles y están decididas a cesar con este acto la comunidad de bienes que tienen con la parte identificada como grupo B.

Marcos Morales Raudez, quien tiene un mayor derecho que el resto de las personas que forman la parte identificada como Grupo A, está dispuesto a aportar para la conformación del lote que va a ser objeto de la donación la parte

de sus derechos que sea necesaria para completarlo en caso que los derechos de los futuros donantes sea insuficiente.

II. Cuestiones a resolver en la fase preparatoria

¿Puede autorizarse el negocio con la comparecencia de los sujetos que integran el Grupo A?

¿deben comparecer necesariamente los sujetos del Grupo B?

¿Debe necesariamente comparecer el Representante de la entidad moral que recibirá la donación para cesar la comunidad?

Respecto de la anterior interrogante, de comparecer el Representante de la organización filantrópica que recibirá la donación, enumere los actos sucesivos componentes del negocio y describa los documentos que serían necesarios para dejar sentada la legitimidad de todos los comparecientes y la titularidad de los otorgantes.

Siempre siguiendo la solución dada a la interrogante 3 de no comparecer el Representante de la entidad a quien se quiere donar, pero siguiendo las instrucciones de los sujetos que integran el Grupo A que quieren estar en condiciones de hacer un traspaso simple del dominio del lote en cualquier momento, enumere los documentos que serían necesarios para que dejar suficientemente legitimada, tanto la capacidad de los comparecientes como las titularidades.

Considerando que con excepción de Marcos Morales Raudez, los otros integrantes del Grupo A cesan totalmente con los integrantes del Grupo B la comunidad de bienes, quienes y en que proporción quedarían integrados los derechos en cada uno de los lotes luego de realizado el negocio sin la intervención de la entidad que en el futuro recibirá la donación.

III. Escrituración

Resueltas las interrogantes anteriores, proceda a elaborar la Escritura Pública correspondiente.

Segundo Caso

Derechos Reales, de Crédito, Sociedades y Registro Público

I. Antecedentes

Paula María Hernández Dueñas es propietaria de un inmueble que tiene un área de una manzana y su tío Raúl Dueñas Morales es propietario de otro lote contiguo que tiene manzana y media de extensión.

Paula proyecta una urbanización sobre ambos lotes, para lo cual comprará él que pertenece a su tío por un precio de C\$ 785,000.^{oo} fusionándolo al suyo. Para pagar el lote a su tío, así como para realizar los trabajos necesarios para el desarrollo del proyecto, piensa tramitar un préstamo de C\$ 1,500,000.^{oo} con una institución financiera, garantizándolo con una hipoteca sobre el inmueble fusionado. En el contrato se especifica que sólo podrá transmitirse el dominio del inmueble contando con la autorización de la financiera.

El proyecto supone que los compradores de los lotes, pagarán de contado a la compañía que formará Paula, el valor de los mismos así como las mejoras que se construirán en cada uno, consistentes en una casa de habitación de tres habitaciones, sala comedor, cocina, tres servicios higiénicos área de lavado y porche. Las obras serán de bloque y concreto, con divisiones internas de gypsum, puertas de madera y ventanas de aluminio y vidrio.

Para poder vender cada lote, será necesario liberarlo del gravamen y los compradores a su vez para poder pagar a la empresa de Paula el valor del inmueble que asciende a C\$ 366,000.^{oo} contrataran un mutuo de hasta el 80 % de ese valor, con una entidad bancaria distinta de la financiera que habilitó a Paula para el desarrollo del proyecto, mutuo que deberán cancelar a quince años de plazo con cuotas niveladas, con interés corriente de 12 % anual y moratorio sobre cuotas vencidas del 25% anual del interés corriente; así mismo, pagarán una comisión bancaria de 2% y un 1% para cubrir los gastos legales.

Para llevar adelante el proyecto, Paula María decide asociarse con Mario José González Ruiz y con Franklin Méndez Ramírez aportando ella como capital el inmueble fusionado y cada uno de ellos una suma equivalente en efectivo, asumiendo la compañía el adeudo contraído por Paula.

II. Temática a resolver

Describa el contenido del Instrumento Público por medio del cual Paula no sólo adquiere el inmueble de su tío, sino que formaliza también el crédito inicial.

Describa el diseño de la constitución de la compañía que formarán Paula, Mario y Franklin y como se justificará en la misma el aporte de capital de Paula.

Explique como se operará la transmisión del dominio del inmueble de Paula a la compañía que desarrollará el proyecto. ¿Quiénes intervendrán y en cada caso como legitiman su personería?

Describe el contenido de uno de los Instrumentos Públicos de venta de un lote.

Describe todos los movimientos que se operarán en el Registro Público de la Propiedad Inmueble.

III. Escrituración

Resuelta la temática planteada, elabore la Escritura por la cual Jacinto Mairena Estrada y su esposa Judith Balcáceres Rojas adquieren una vivienda de la urbanización proyectada.

Tercer Caso

Derecho de Sociedades: Fusión

I. Antecedentes

Dos empresas, constituidas bajo régimen de sociedad anónima, dedicadas a negocios afines han decidido fusionarse absorbiendo una a la otra con el objetivo de asegurarse el dominio del mercado.

La primera, Sabores de Fantasía Sociedad Anónima que se ha dedicado a la producción de caramelos se constituyó en Escritura Pública número diecisiete, ante los oficios notariales de Bismark Buendía Ramírez a las tres de la tarde del veintisiete de abril del año mil novecientos noventa y ocho y se encuentra inscrita bajo el número dieciséis mil trescientos veinte (N° 17320) que corre a las páginas ciento noventa y cuatro a la doscientos ocho (págs 194/208) del Tomo seiscientos sesenta y ocho (T° 668) del Libro Segundo de Sociedades y bajo número veinticinco mil quinientos dieciocho (N° 25,518) que corre a las páginas veinticinco a la veintisiete (págs. 25/27) del Tomo del Libro Primero de Comerciantes, ambos del Registro Público Mercantil del departamento de Managua.

La segunda, Golosinas del Paraíso Sociedad Anónima, dedicada fundamentalmente a la producción de gelatinas, se constituyó en Escritura Pública número once, ante los oficios notariales de Mariana Leticia Umaña Salazar a las diez horas de la mañana del día once de mayo del año mil novecientos setenta y cinco y se encuentra inscrita bajo número ocho mil trescientos catorce (N° 8,314) a las páginas veintisiete a la treinta y ocho (págs. 27/38) del Tomo mil cuatrocientos doce (T° 1412) del Libro Segundo de Sociedades y bajo número doce mil ochocientos quince (N° 12,815), páginas diecisiete a la diecinueve (págs 17/19) del Tomo mil seiscientos diez (T° 1610) del Libro Primero de Comerciantes, ambos del Registro Público Mercantil del departamento de Managua.

Cada una de ellas realiza una Asamblea Extraordinaria de Accionistas teniendo como puntos de agenda la aprobación de la fusión de ambas y el nombramiento de representante para llevar a cabo la fusión; así mismo, en cada una se acuerda realizar un balance general y presentar a la Asamblea General en próxima sesión los Estados Financieros cortados al treinta de junio del año dos mil siete con el objeto de determinar cual será el nuevo patrimonio de Golosinas del Paraíso que será la compañía absorbente y en dependencia de los Estados Financieros de cada una se emitirá una nueva serie de acciones en proporción al poder accionario que los socios de Sabores de Fantasía tendrán en Golosinas de Paraíso a partir de la fusión.

Prevén que la fusión sea efectiva a partir del uno de octubre del año dos mil siete. A inicios de año, el quince de enero, en una reunión conjunta de las juntas directivas de ambas empresas suscribieron un acuerdo general que regiría la fusión, consistente en la preparación de la documentación necesaria para la

fusión; desarrollar a partir de entonces una administración común para ambas empresas; permitir a los abogados que cada una designe la revisión de la documentación de cada una de ellas.

La Asamblea General de Accionistas de Sabores de Fantasía sesiona con el objeto de tomar el acuerdo de su disolución.

Finalmente, comparecen ante Notario los representantes de ambas empresas y otorgan la Escritura de Fusión por Absorción.

II. Temática a desarrollar

Haga una relación de la documentación que Usted como abogado de una de las dos compañías requeriría para conocer la situación jurídica de la otra.

Elabore un acuerdo de confidencialidad que deberán suscribir los representantes de ambas compañías.

Describa los actos que ambas compañías están obligadas a ejecutar para que la fusión se realice en apego estricto a la ley.

Si suponemos que el capital social de Golosinas del Paraíso S.A. se integraba por quinientas acciones con valor nominal de diez mil córdobas cada una y que de acuerdo a los balances realizados, la participación de los socios de Sabores de Fantasía en la compañía absorbente será de un treinta por ciento, ¿cuál deberá ser la emisión de acciones para conformar el nuevo capital social?.

En las negociaciones entre ambos grupos de accionistas se determinó garantizar a los accionistas provenientes de la compañía absorbida, por los próximos cinco años, las siguientes ventajas: ocupar dos asientos en la Junta Directiva, así como la necesidad de contar con el voto de al menos su mayoría simple para la toma de decisiones que no requieran de voto calificado y del voto de su mayoría calificada en caso de las decisiones que así lo requieran; es decir, aún cuando en la nueva composición accionaria los accionistas provenientes de la absorbida Sabores de Fantasía sólo representen el treinta por ciento del total, será necesario el voto de al menos la mitad más uno de esta minoría para tomar resoluciones ordinarias y la misma proporción requerida para decisiones calificadas. ¿Qué solución propondría para que estos acuerdos se puedan respetar?

III. Escrituración

Resuelta la problemática anterior, redacte la Escritura de Fusión por Absorción de Golosinas del Paraíso Sociedad Anónima y Sabores de Fantasía Sociedad Anónima, así como la disolución de esta última.

Cuarto Caso

Derecho de Sociedades: Reforma al Pacto Social

I. Antecedentes

Concluido el proceso de Fusión por Absorción de las compañías Golosinas del Paraiso Sociedad Anónima y Sabores de Fantasía Sociedad Anónima y la disolución de la última, se plantea la Reforma al Pacto Social de la compañía absorbente con el objetivo de recoger en el mismo los acuerdos relacionados con la emisión de nuevas acciones, así como las ventajas que los nuevos accionistas tendrán en la sociedad absorbente.

II. Temática a desarrollar

Describe el procedimiento que debe seguirse desde la convocatoria a la Asamblea General de Accionistas para proponer la Reforma al Pacto Social hasta que la Reforma aprobada es inscrita en el Registro Publico Mercantil.

III. Escrituración

Elabore la Escritura Pública que deberá ser inscrita en el Registro Público Mercantil.

Quinto Caso

Asociaciones Civiles sin Fines de Lucro y Prestamos entre Particulares

I. Antecedentes

En Escritura Pública otorgada ante los oficios notariales de Maura Cristina López López a las nueve horas con treinta minutos del once de febrero del año mil novecientos noventa y ocho, se constituyó como Asociación Civil sin Fines de Lucro la entidad denominada Los Caprichos del Güegüense, teniendo como objetivos la investigación y rescate de la artesanía nicaragüense.

A finales del año 2006, la directiva logró de una entidad alemana la intermediación de créditos pequeños a bajos intereses y mediano plazo para promover la capacitación de los artesanos, así como su incursión en los mercados europeos; sin embargo, no previeron esta situación cuando se constituyeron y ahora tendrán que reformar su Acta constitutiva para incluir entre otros objetivos planteados el de la promoción de la producción artesanal, mediante la intermediación de créditos.

Además de lo anterior será necesario constituirse también como prestamista.

II. Temática a resolver

Describe los procedimientos que deberán realizarse para la efectiva reforma al Acta Constitutiva de la Asociación.

Describe los procedimientos que se deberán agotar para constituirse como prestamista.

III. Escrituración

Elabore las Escrituras Públicas correspondientes.

"...ésta es una misión que requiere una larga experiencia y por eso una larga vida; es necesario haber consumido, día tras día, todas las ilusiones suscitadas por la confianza cada vez mayor con que los hombres tratan el derecho; es necesario haber gustado, día tras día, la amargura de la injusticia para sentir más imperiosa, en sí, la exigencia de la justicia; es necesario, poco a poco, haber aprendido a vivir la vida de los otros a fin de que se haga igual el respeto por quien juzga, al respeto por quien es juzgado."

Francesco Carnelutti



Facultad de
Ciencias Jurídicas

Coordinación de
Postgrados y Maestrías

20

07